ملاحظة:

ترتيب الصفحات يكون حسب الكتاب المطبوع في دار العلوم بيروت لبنان عام ١٤٠٩ هـ.

الفقه

الجزء الثامن والسبعون

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ ـــ ١٩٨٨م

دار العلوم ـــ طباعة. نشر. توزيع.

العنوان: حارة حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب الغصب

دار العلوم

بيروت لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الغصب

والغالب أن نحرر المسائل على أسلوب الشرائع.

وقد ورد في آية شريفة، وفي الأخبار كلمة الغصب بكثرة.

قال تعالى: ﴿يأخذ كل سفينة غصباً﴾[1].

وقال الصادق (عليه السلام) في خير أبي ولاد، في شأن البغل الذي استأجره، حيث قال الرجل: فلي عليه علفه، قال (عليه السلام): «لا، لأنك غاصب»[2].

وقال أمير المؤمنين (عليه السلام): «إذا اغتصبت أمة فاقتُضت فعليه عشر قيمتها»[3].

وفي الحديث: «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»[4].

وقال أبو الحسن (عليه الصلاة والسلام) في ذكر ما يختص بالإمام (عليه السلام): «وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب، لأن الغصب كله مردود»[5].

---

(١) سورة الكهف: الآية ٧٩.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح١.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٥٨٧ الباب ٨٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٥.

(٥) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من أبواب الأنفال ح٣.

وقال (عليه السلام): «من غرس أو زرع في أرض مغصوبة، فله الزرع والغرس، وعليه الأجرة لصاحب الأرض»[1].

وفي خبر آخر: عن رجل اغتصب امرأة فرجها[2].

وفى خبر ثالث: «إن ذلك فرج غُصبناه»[3].

وفي المسالك، عنه (صلى الله عليه وآله): «من غصب شبراً من أرض طوقه الله من سبع أرضين إلى يوم القيامة»[4].

وبذلك يظهر أن صاحب الجواهر أيضاً أخذه من المسالك على حسب عادته، فما في هامش الجواهر من نقله عن ابن قدامة في المغني، والسرخسي في المبسوط محل نظر، خصوصاً ومضمون هذا الخبر أيضاً وارد في بعض الأخبار الأخر:

مثل ما رواه الغوالي: إن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «من أخذ أرضاً بغير حقها كلّف أن يحمل ترابها إلى المحشر»[5].

وعنه (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «من أخذ شبراً من الأرض بغير حقه طوّق به يوم القيامة من سبع أرضين»[6].

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٠ الباب ٢ من أبواب كتاب الغصب ح١.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص٢٤٢ الباب ٨ من أبواب النكاح ح١.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٢٤٢ الباب ١٢ من كتاب النكاح ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٢.

(٥) الوسائل: ج١٧ ص٣١١ الباب ٣ من كتاب الغصب ح٢.

(٦) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٣ من أبواب السفر ح٢. وانظر ابن قدامة في المغني: ج٥ ص٣٧٨، والسرخي في المبسوط: ص٤٩ ح١١.

وفي رواية أخرى: «من غصب أرضاً».

وفي زيارة الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) يوم الغدير: «غصب الصديقة فدكاً»[1].

وعن البحار: «الذين غصبوا آل محمد (صلى الله عليه وآله) حقهم»[2].

وفي المستدرك في حديث: «وإن فوقها المغتصب أعطى العوض منها»[3].

وفي رواية عن الصادق (عليه السلام)، قال: «من اغتصب جارية فأولدها أخذها صاحبها والولد رقيقاً، ومن اشترى مغصوبة فأولدها أخذها صاحبها وقيمة الولد»[4].

وفي رواية أخرى عنه (عليه السلام)، قال: «إذا اغتصب الرجل أمة فهلكت عنده فهو ضامن لقيمتها، فإن كان قد وطأها فعلقت منه ثم استحقها صاحبها فأخذها وهي حبلى فماتت من النفاس، فالغاصب ضامن لقيمتها»[5].

وفي رواية الأخرى، قال: في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء، وما نقص فهو على الغاصب»[6].

إلى غيرها من الروايات.

ثم إن الغصب كما يستفاد من اللغة والعرف أعم من غصب المال، وغصب النفس، وغصب الحق، فإن الغصب يطلق على جميع ذلك.

والظاهر أن المعنى اللغوي والعرفي والشرعي لهذا اللفظ واحد، لا أن

(١) في الزيارة المخصوصة لأميرالمؤمنين (عليه السلام) يوم الغدير، مفاتيح الجنان: ص٣٧١.

(٢) البحار: ج٨ ص٣٨٨.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٦ من كتاب الغصب ح١.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح٢.

(٦) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح٣.

له معنيين، كما ربما يتوهم من اختلاف الفقهاء واللغويين أحياناً في معنى الغصب.

وقول المحقق الرشتي: (كلمات اللغويين والأصحاب مختلفة في بيان معناه اللغوي والاصطلاحي عند الفقهاء اختلافاً لا يكاد يقدح في شيء مما يتفرع على معرفة معناه بأحد الاعتبارين، لإمكان إرجاعهما إلى شيء واحد، ولا جدوى للتعرض بذكرها على طولها وتفصيلها، لأن الأحكام المبحوث عنها في هذا الكتاب غير مستند إلى دليل لفظي، مشتمل على مادة الغصب ومشتقاها، بل إلى دليل لفظي أو لبي آخر، متضح المعنى والمقصود، ولو مع عدم وضوح معنى الغصب رأساً) انتهى.

غير ظاهر الوجه، لأن لفظ الغصب قد جاء في الروايات، فإذا لم يحقّق معناه لم يعرف المصاديق المشتبهة التي إذا حققت معنى الغصب عرف أنها داخلة في الغصب بأحكامه أم لا.

مثلاً قوله (عليه السلام): «لأن الغصب كله مردود»[1].

وقوله (عليه السلام): «من غرس أو زرع في أرض مغصوبة فله الزرع والغرس»[2].

يأتي الكلام فيهما في أنه إذا لم يكن الملك الكافر الذي استرجعنا منه الصوافي أخذ الأرض ظلماً في مذهبه، بينما هو ظلم لغوي، هل أنه تعد من صوافي الملوك التي هي للإمام أم لا، فإذا أخذنا بقول القاموس في تعريف الغصب، حيث قال: (غصبه يغصبه أخذه

(١) الوسائل: ج١٦ ص٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح٢.

ظلماً، كاغتصب فلان على الشيء قهره)، فإذا لم يكن ظلم في مذهبه بأن لم يصدق أنه أخذه ظلماً، لكنه واقعاً أخذ ما ليس له حق، فهل هذا داخل في الغصب المردود إلى صاحبه، أو ليس بداخل حتى يكون للإمام (عليه السلام).

وكذلك إذا حجر إنسان الأرض، وقلنا بأن التحجير لا يملك كما هو المشهور، ثم أخذه إنسان عدواناً، وزرع في ذلك المحجر، فهل يصدق الحديث المتقدم (من غرس) أو (مغصوبة) للشك في أن الغصب شامل للحقوق، أو ليس بشامل للحقوق.

حيث مثلاً: إن الشرائع والقواعد والنافع والإرشاد والدروس واللمعة والتنقيح وغيرهم، كما حكي عن بعضهم، عرفوا الغصب بأنه الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً، وحق التحجير لا يسبب تسمية الشيء مالاً، فلا يقول: إنه مالي، وإنما يقول: إنه حقي بالمعنى الأعم للحق الشامل لغير المال على ما اشتهر بأن التحجير لا يوجب الملك، وإن قلنا نحن في كتاب إحياء الموات: إن مقتضى القاعدة أنه يوجب الملك.

إلى غير ذلك من الصغريات التي إن كانت التعاريف مختلفة جوهرية، كما يظهر من نقض بعضهم لبعض طرداً و عكساً، كان الأمر يختلف في ذلك اختلافاً بيناً.

نعم، نحن نرى أن هذه التعاريف يجب أن يرجع فيها إلى العرف، فما رآه غصباً رتب عليه أحكامه، وما لم يره غصباً لا يرتب عليه أحكامه، إذ التعاريف الفقهائية كالتعاريف اللغوية، كلها إلماع إلى حقيقة عرفية، هم صبوا تلك الحقيقة العرفية في هذه الألفاظ، ولذا نراهم لا يستشكلون على اللغويين بأنهم يتناقضون في كلماتهم، والسر ما ذكرناه.

فمثلاً في كلام ابن الأثير:

إنه أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً، بينما في كلام الشرائع المتقدم: الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً.

وإذا فرض الفرق بين الإثبات والأخذ في مورد، يلزم أن نأخذ بقوله (صلى الله عليه وآله): «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1]، كما اشتهرت الرواية بهذه اللفظة في كتب الفقهاء، ونقلها المستدرك عن أبي الفتوح الرازي في تفسيره، ويشبهه ما رواه الدعائم عن أميرالمؤمنين (عليه السلام)، إنه قال في حديث: «لا يجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه»[2].

وفي رواية عبد الله بن السائب، عن أبيه، عن جده: إن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يأخذن متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، من أخذ عصا أخيه فليردها»[3].

وفي رواية أخرى، عنه (صلى الله عليه وآله) قال: «من اتخذ من الأرض شبراً بغير حق خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين»[4].

بينما بعض ألفاظ الروايات أعم من الأخذ.

مثل ما رواه الراوندي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «أربعة يزيد عذابهم على عذاب أهل النار، رجل مات وفي عنقة أموال، فيكون في تابوت من جمر»[5].

فإن (في عنقه) شامل حتى لما إذا اقتطع ولم يأخذها، كما إذا رفع السلطان الجائر يد إنسان عن ماله كالأرض والعقار والدار مثلاً، لكن لم يستول هو

(١) المستدرك: ج١٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح٣.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح٥.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٣ من أبواب الغصب ح٢.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح٩.

عليه، أو إذا مثلاً سحب إنسان إنساناً عن الاستيلاء على ماله، وذهب به بعيداً من الأرض بحيث لم لكن لا هو ولا المغصوب منه مستولياً على ذلك المال، فإنه يصدق عرفاً (في عنقه)، لكن لا يصدق (أخذه) مثلاً، أو لا يصدق (غصبه) مثلاً.

وفي بعض الروايات الجمع بين الاقتطاع والأخذ.

فقد روي عنه (صلى الله عليه وآله): «من اقتطع مال مؤمن غصباً بغير حقه لم يزل الله معرضاً عنه ماقتاً لأعماله التي يعملها من البر والخير، لا يثبتها في حسناته حتى يتوب ويرد المال الذي أخذه إلى صاحبه»[1].

مما يمكن أن يصرف (أخذه) في ذيل الحديث و(اقتطع) في صدر الحديث عن معناه العام إلى معنى الأخذ، وسيأتي بعض الكلام في مثل ذلك.

أما الأكل الوارد في جملة من الروايات، كالآية الكريمة، فالظاهر أنه يراد به ما يقال في العرف إنه أكله ولو بالاستيلاء عليه، فلا يشمل مثل المثال الذي تقدم من أنه سحب يد المالك و لم يضع يده عليه.

فقد روى سماعة، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «أوعد الله تعالى في أكل مال اليتيم عقوبتين، إحداهما عقوبة الأخرة النار، وأما عقوبة الدنيا فقوله عز وجل: ﴿وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم﴾[2] الآية، يعني ليخش إن أخلفه في ذريته كما صنع بهؤلاء اليتامى»[3].

وفي الرضوي (عليه السلام): أروي عن العالم (عليه السلام)، إنه قال: «من أكل مال اليتيم

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح٨.

(٢) سورة النساء: الآية ٩.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١١ الباب ٤ من كتاب الغصب ح١.

درهماً واحداً ظلماً من غير حق، يخلده الله في النار»[1].

وروي: «إن أكل مال اليتيم من الكبائر التي وعد الله عليها النار، فإن الله عز من قائل يقول: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً﴾[2]»[3].

ولا يخفى أن الاستيلاء حرام، والتصرف في المال حرام آخر، فهما حرامان.

فعن أبان بن عثمان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «أربعة لا يجزن في أربعة، الخيانة والغلول والسرقة والربا، لا يجزن في حج ولا عمرة ولا جهاد ولا صدقة»[4].

والغصب أحياناً يدخل في الخيانة، وأحياناً في الغلول، وأحياناً في السرقة، وأحياناً في الربا، لأن الغصب أعم من كل ذلك.

أما ما رواه المستدرك في هذا الباب، عن حبيب بن حكيم الأزدي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في حديث قال: «واعلموا أنه من خضع لصاحب سلطان الدنيا أو من يخالفه في دينه طلباً لما في يديه من دنياه أخمله الله، ومقته عليه، ووكله إليه، فإن هو غلب على شيء من دنياه، وصار إليه منه شيء نزع الله البركة منه، ولم يؤجر على شيء ينفق منه في حج ولا عتق ولا بر»[5].

فإنه لا ربط له بالباب، ولعله ذكره هنا لما هو واضح من أن عدم الأجر في مثل المقام يلازم الوزر.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٤ من كتاب الغصب ح١.

(٢) سورة النساء: الآية ٤.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٤ من كتاب الغصب ح٢.

(٤) المستدرك: ج١٧ ص٣١٢ الباب ٥ من كتاب الغصب ح١.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٥ من كتاب الغصب ح١.

وكيف كان، فلم يعلم وجه لما ذكره المحقق الرشتي بقوله: (الغصب معناه اللغوي الظلم والقهر بنص الفيروز آبادي والجوهري وغيرهما، وقد يطلق على أخص من ذلك، وهو الاستيلاء والاستقلال على مال الغير، أو حق من حقوقه) انتهى.

إذ الفيروز آبادي والجوهري لم يعرفا الغصب بالقهر والظلم، وإنما عرفاه بالأخص، فقد تقدم كلام الفيروز آبادي.

وأما كلام الجوهري، فإنه قال كما عن الصحاح: (الغصب أخذ الشيء ظلماً، تقول: غصبه منه، وغصبه عليه، بمعنى الاغتصاب منه، والشيء غصب ومغصوب).

ثم إن الفقهاء الذين عرفوا المغصوب بالحق، أرادوا الأعم الشامل للمال، وللحق المجرد عن المال.

مثلاً عن الكفاية والمفاتيح أنهما عرفا الغصب بالاستيلاء على حق الغير بغير حق.

وعن الوسيلة: الاحتيال على مال الغير بغير تراض.

ومنه يعرف وجه النظر فيما عن التنقيح أنه قال: (إن الفقهاء يطلقون الغصب على ما في تعريف الأول، وعلى ما يشبهه من المفهومات، إما بالإتلاف مباشرة أو تسبيباً، وإما بالقبض بالبيع الفاسد) انتهى.

ومثله ما عن بعضهم، إنه قال: كل مضمون على ممسكه مغصوب.

إذ الغصب لا يطلق على الإتلاف مباشرة أو تسبيباً، فمن كسر إناء غيره لا يسمى غاصباً، ومن سبب إلى كسره أيضاً لا يسمى غاصباً، كما أن كل مضمون على ممسكه ليس بمغصوب، إذ يمكن الضمان بسبب الشرط، وليس ذلك بمغصوب ولا فاعله غاصب.

ولا بأس في المقام بذكر بعض الروايات الدالة على حرمة

الغصب، ووجوب رد المغصوب إلى مالكه أو وارثه أو وليه أو الحاكم مثلاً، حسب الجمع بين الأدلة، ونتبرك بذكر رواية سلمة بن ذهيل، وهي وإن كانت بعض فقراتها خارجة عن محل البحث، إلاّ أن الحديث لما كان مذكوراً في كتب المشايخ الثلاثة باستثناء الاستبصار نذكره بتمامه تيمناً.

قال سلمة: سمعت علياً (عليه السلام) يقول لشريح:

«انظر إلى أهل المعك والمطل ودفع حقوق الناس من أهل المقدرة واليسار ممن يدلي بأموال الناس إلى الحكام، فخذ للناس بحقوقهم منهم، وبع فيها العقار والديار، فإني سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: مطل المسلم المؤسر ظلم للمسلمين، من لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل عليه، وأعلم أنه لا يحمل الناس على الحق إلاّ من ردعهم عن الباطل، ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك، ولا ييأس عدوك من عدلك، ورد اليمين على المدعي مع بينته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء. واعلم أن المسلمين عدول بعضهم على بعض إلاّ مجلود في حدّ لم يتب منه، أو معروف بشهادة زور أو ظنين [1]، وإياك والتضجر في مجلس القضاء الذي أوجب الله فيه الأجر ويحسن فيه الذخر لمن قضى بالحق، وأعلم أن الصلح جائز بين المسلمين، إلاّ صلح حرّم حلالاً، أو أحلّ حراماً،

---

(١) هذا يدل على عدم وجود سائر المعاصي إلا نادراً في زمان الإمام (عليه السلام). (منه دام ظله).

واجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه، وإن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية. واياك أن تنفذ قضية في قصاص أو حد من حدود الله، أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على إن شاء الله[١]، ولا تقعدن في مجلس القضاء حتى تطعم»[٢].

وعن الفقيه، بإسناده عن حسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) في حديث المناهي، قال: «من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيامة مطوقاً، إلاّ أن يتوب ويرجع»[٣].

أقول: هذا العذاب في الدنيا، لكن الإنسان لا يحس بها لعدم اشتماله على الروح البرزخية والأخروية المجردة، فهو مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿إنما يأكلون في بطونهم ناراً﴾[٤].

وقوله سبحانه: ﴿وإن جهنم لمحيطة بالكافرين﴾[٥]، إلى غير ذلك.

وقد يؤول بجعله الله تعالى في القبر فما بعده، لكن لا حاجة إلى هذا التأويل.

وفي حديث عن صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه) قال: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»[٦].

(١) هذا يدل على قلة المشأكل جداً في زمان الإمام (عليه السلام). (منه دام ظله).

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٨ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٢.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٧٤.

(٥) سورة العنكبوت: الآية ٥٤.

(٦) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٤.

وروي عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) خطب يوم النحر بمنى في حجة الوداع، وهو على ناقة عضباء، فقال: أيها الناس إني خشيت أني لا ألقاكم بعد موقفي هذا، بعد عامي هذا، فاسمعوا ما أقول لكم فانتفعوا به، ثم قال: أي يوم أعظم حرمة، قالوا: هذا اليوم يا رسول لله، قال: فأي الشهور أعظم حرمة، قالوا: هذا الشهر يا رسول الله، قال: فأي بلد أعظم حرمة، قالوا: هذا البلد يا رسول الله، قال: فإن حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى أن تلقوا ربكم فيسألكم عن أعمالكم، ألا هل بلغت، قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد»[1].

وفي حديث، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «فمن نال من رجل شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلك، وأن يتنصل من كل ما كان منه إليه، وإن كان قد مات فليتنصل من المال إلى ورثته، وليتب إلى الله مما أتي إليه حتى يطلع عليه عز وجل بالندم والتوبة والتنصل»، ثم قال (عليه السلام): «ولست أخذ بتأييد الوعيد في أموال الناس، ولكني أرى أن أؤدي إليهم إن كانت قائمة في يدي من اغتصبها ويتنصل إليهم منها، وإن فوتها المغتصب أعطى العوض منها، وإن لم يعرف أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء والمساكين، وتاب إلى الله عز وجل مما فعل»[2].

وعن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يحلبن أحدكم ماشية أحد إلاّ بإذنه، أيحب أحدكم

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح٢.

أن يؤتى مشربته فتكسر خزانته فينقل طعامه، فإنما تخزن لهم ضروع مواشيهم، فلا يحلبن أحدكم ماشية أحد إلاّ بإذنه».

وفي حديث، عنه (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»، إلى أن قال: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلاّ بطيبة نفسه»[1].

ثم الظاهر أنه إذا استولى إنسان على شيء لإنسان آخر، ولا أجرة لذلك الاستيلاء، ثم أرجعه إليه صدق عليه الغصب، ولا ضمان خارجا، وإذا صدق عليه الغصب حق عليه التعزير.

فقول الجواهر: (الذي يسهل الخطب عدم أحكام شرعية معلومة كي يحتاج إلى التعب في تحقيق معناه إلاّ نادراً، كتكليف الغاصب بالرد، وإن استلزم المشقة الشديدة بتلف المال وغيره) محل تأمل.

وقد ذكر الفقهاء تفاصيل في تعريف الغصب، وقد عرفت أنه لا حاجة إليها بعد كون المعيار المعنى العرفي، والذي يرجع إليه المعنى الفقهائي واللغوي أيضاً، لأن المركوز في أذهان العرف هو الحد الذي أخذ منه الفقهاء واللغويون تعاريفهم المختلفة، والله سبحانه العالم.

(١) الوسائل: ج١٩ ص٣ الباب ١ من أبواب القصاص في النفس ح٣.

(**مسألة ١**): قال في الشرائع: (ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده، فلو منع غيره من إمساك دابته المرسلة فتلفت لم يضمن، وكذا لو منعه من القعود على بساطه، أو منعه من بيع متاعه فنقصب قيمته السوقية أو تلفت عينه).

وقال في المسالك: إذا تعدى على الغير من دون أن يستقل بيده على ماله لا يعد غاصباً وإن كان آثماً، ومنه ما لو منع غيره من إمساك دابته المرسلة فاتفق تلفها، أو منعه من القعود على بساطه وغيره من أمتعته فتلف، وعدم الضمان فيهما هو المشهور، وهو يتم مع عدم كون المنع سبباً في التلف بل اتفق معه.

أما لو كان سبباً والتلف متوقع معه، فالوجه الضمان بتحقق السببية، وهو اختيار جماعة من المتأخرين.

ومثله ما لو منعه من بيع متاعه فتلف بحيث لولا المنع لما حصل التلف، فإنه حينئذ سبب فيه.

أما لو نقصت قيمته السوقية، مع بقاء عينه وصفته على حالها، فعدم الضمان متجه.

وفي الدروس قال: إنه حينئذ لا يضمن قطعاً، مع أنه في بعض فتاواه قوى الضمان في الجميع.

أقول: مقتضى القاعدة بالإضافة إلى ما استثناه المسالك من الضمان، ما قواه الدروس من الضمان في الجميع، وذلك لأن الدليل ليس خاصاً بـــ (على اليد) ونحوه حتى يقال: إنه لا يشمل المقام، بل مثل قوله (عليه السلام): «لا يتوى حق

امرئ مسلم»[1]، وقوله: «لا يبطل حق مسلم»[2]، وقوله: «لا يبطل حقوق المسلمين»[3]، وقوله (عليه السلام): «وإن فوتها المغتصب»[4]، وما أشبه يشمل المقام، فإن من توى حق هذا الإنسان، هو الشخص الذي منعه عن متاعه أو ما أشبه، فيفهم منه أنه ضامن، وإلاّ فلا يتوى ليس أمراً تكوينياً وإنما هو أمر تشريعي.

وحيث لا جهة أخرى تؤدي حق هذا الإنسان الذي توي حقه، فاللازم بالدلالة العرفية أن يكون الحق على الذي تواه، ولذا كان المحكي عن التذكرة بعد أن نفى الشك عن عدم تحقق الغصب في الدابة المتقدمة، قال: وهل يضمن، قال بعض علمائنا: لا يضمن، وفيه إشكال.

قال في الجواهر: (ومنه يعلم أنه لا يلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً إن كان سبب آخر غير الغصب).

أما قوله بعد ذلك: (لا ينبغي التأمل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية، لعدم تفويت مال عليه بمباشرة أو تسبيب، ومن هنا لم تضمن منافع الحر إجماعاً)، فيرد عليه: إن عدم ضمان منافع الحر أيضاً محل نظر، فإذا كان هذا الإنسان يكتسب كل يوم ديناراً ويقوت عياله، فحبسه الظالم ظلماً عشرة أيام، فلماذا لا يضمن هذا الظالم عشرة دنانير منافعه، واستناد الفقهاء إلى بعض الأدلة يوجب عدم إمكان الاعتماد على الإجماع، لأنه محتمل الاستناد، ولذا اخترنا ضمان عمل الحر أيضاً.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٣ من نوادر الشهادات ح٥.

(٢) المستدرك: ج٢ ص١٩٨ الباب ٢ من كيفية الحكم ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح٩.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كيفية الحكم ح١.

ولعل استدلال الشهيد وغيره بالتسبيب أيضاً ناظر إلى ما ذكرناه من دليل (لا يتوى) ونحوه.

ومن الأدلة التي تدل على الضمان بالملاك ما في كتاب الديات، من أن إنساناً لو دعى إنساناً إلى داره وفيه كلب أو بئر محفورة، فعقره الكلب أو وقع في البئر، كان الإنسان الداعي ضامناً، والضمان ليس إلاّ من جهة التسبيب، والدليل إن لم يكن في المال، لكن مناطه موجود هنا أيضاً.

ولذا استدل المحقق الرشتي في الملتقطات بدليل «لا ضرر»[1]، تبعاً للشيخ في المكاسب في خيار الغبن والعيب، قال: (وجه الدلالة هو أن نفي الضرر بحكم امتناع الكذب في كلمات الشارع لابد أن يترل على أنه لا يبقى الضرر بحاله إذا حصل، وقضية ذلك وجوب جبرانه حيث ما يقع مقدمته بتصديق الشارع، لأن الضرر المتدارك لا يعد ضرراً عرفاً.

وهذا غير التحريم الصرف، فإنه لا يقتضي جبرانه بعد وقوعه، وإنما غايته حصول الإثم، فحيث يتحقق ضرر على مسلم وجب جبرانه وتداركه.

ودعوى أن وجوب الجبران أعم من تغريم الضار نفسه بإمكان جعله من بيت المال، كما يظهر من المحقق القمي (رحمه الله) في القوانين، غير واردة في المقام، لأن الكلام هنا في دلالة أصل القاعدة على وجوب جبران الضرر في الجملة، وأما كونه على الضار أو على بيت المال أو غير ذلك من المحتملات، فيرجع فيه إلى قواعد أخر، وأدلة أخرى، مثل الإجماع القائم في آحاد المسائل على تعيين الاحتمال الأول بعد ثبوت أصل الجبران، وهذا غير ما يوجه به دلالة

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من كتاب أحياء الموات ح٣.

الحديث على الضمان في أمثال المقام)[1]، انتهى.

فإن مقتضى القاعدة هو ما ذكره، ولذا النبي (صلى الله عليه وآله) الذي هو مصدر هذا الحديث استدل به لقلع ذلك الأنصاري شجرة سمرة[2]، مع أن النبي (صلى الله عليه وآله) لم يذكر دليلاً آخر لذلك، فإن العرف يستفيد من الحديث أن النبي (صلى الله عليه وآله) طبق الصغرى الجزئية على تلك الكبرى الكلية التي قالها.

أما ما ذكره المحقق القمي أو غيره من احتمال أن يكون الجبران على بيت المال، فغير ظاهر الوجه، إذ لا شأن لبيت المال في إضرار بعض الناس ببعض، بل هو بعيد عن الفهم العرفي بعداً كبيراً.

وقول المحقق الرشتي: (فحيث يتحقق ضرر على مسلم وجب جبرانه) الظاهر أنه من باب المثال، وإلاّ فلا فرق بين المسلم وبين غير المسلم، فإن الإسلام يحرم الضرر إلاّ على الكافر الحربي في حال الحرب بموازينه المعروفة، وإلاّ فيما استثني من الإضرارات بالقصاص ونحوه، والتي نحن هنا في غنى عن البحث عنه، لأن البحث حول دليل «لا ضرر» راجع إلى موضعه الخاص كرسالة الشيخ وغيرها.

ثم إنه حيث كان المرجع في الحق أو الضرر العرف حتى يحكم عليهما باللا في الضرر، وبلا يتوى في الحق، فالميزان أن العرف يراه حقاً أو لا، واذا رآه حقاً فالميزان العرف أيضاً في كمية الحق، مثلاً الإنسان الذي لا يعمل إذا حبسه إنسان لم يكن على ذلك الحابس حق مالي، إذ هذا الإنسان غير العامل ليس له حق عرفاً، وإذا كان هذا الإنسان يعمل طبيباً كل يوم بعشرة دنانير، فحبسه كان عليه أن يعطيه كل يوم عشرة دنانير.

---

(١) كتاب الغصب، للرشتي: ص٤.

(٢) الكافي: ج٥ ص٢٩٢ ح٨، التهذيب: ج٧ ص١٤٧ ح٦٥١.

أما إذا كان عاملاً يعمل كل يوم بربع دينار، فإذا حبسه أعطاه كل يوم ربع دينار.

وإذا كان هذا الإنسان بين أجرة كبيرة إذا عمل بستانياً، وأجرة صغيرة إذا عمل حمالاً، فحبسه فإن العرف يرى أنه ماذا كان يعمل إذا لم يكن حبسه، هل يعمل بستانياً، فاللازم أن يعطيه كل يوم ديناراً، أو يعمل حمالاً، فاللازم أن يعطيه كل يوم ربع دينار.

وهذا مثله مثل الدار، فإنه إذا جعل إنسان حاجزاً أمام دار إنسان لا يستنفع بها لأنه تركها ولا يريد سكناها وإيجارها، فإن هذا الذي جعل أمام الدار حاجزاً ليس عليه حق مالي، فلا يقال إنه فوت منفعة الدار، وتوى حق صاحب الدار، وأضر بصاحب الدار. أما إذا كان هذا الإنسان يريد إيجار داره بمائة، فجعل الحاجز مما حرمه من الإيجار والمائة، فإن عليه مائة.

وإذا كان يريد إيجار داره بعشرين، لاختلاف الانتفاع من الدار، حيث إن الدار إذا استأجرت للزوار كانت الأجرة مائة، وإذا استأجرت لأهل البلد كانت الأجرة عشرين، فعليه أن يدفع للذي منعه عن إيجار الدار لأهل البلد عشرين وهكذا، لأنه قدر الحق عرفاً الذي تواه وفوته، وقدر الضرر الذي أضره بصاحبها.

وهكذا إذا منعه عن إيجار سيارته أو دابته أو ما أشبه، فإنه قد لا يكون مريداً للإيجار حتى أن المنع وعدمه سواء، فليس هذا توياً لحقه.

أما إذا كان يريد إيجاره إرادة تقع في الخارج لا مجرد الإرادة، إذ مجرد الإرادة لا يسبب صدق التوي والضرر والفوت، كان ضامناً، فإذا كان يريد

إيجار سيارته مثلاً من كربلاء إلى النجف، والأجرة عشرة، كان ضامناً لعشرة، وإذا كان يريد إيجارها من كربلاء إلى الكاظمية والأجرة عشرون، فإنه أضره بمقدار عشرين، إلى غير ذلك من الأمثلة.

قال في محكي الرياض: (ومن هنا يترجح الحكم بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفتها، وذكر القائل المتقدم أنه لم يضمن قطعاً، لأن الفائت ليس بمال بل اكتسابه، وهو كما تراه لاتحاد وجه الحكم بالضمان هنا وفيما مضى، وهو صدق الإضرار المنفي شرعاً، وليس فيه ما يقتضي تخصيص الضرر المنفي بما يكون متعلقه مالاً، ولعله لذا اختار الشهيد في بعض فتاواه الضمان هنا، وإن قوى في الدروس عدم الضمان مطلقاً، وفاقاً للمشهور كما في المسالك والكفاية) انتهى.

وهو كما ذكره، فقول الجواهر: (إن استفادة الضمان من القاعدة المزبورة متوقفة على الانجبار بفتوى الأصحاب، إذ لا اقتضاء لها إلاّ عدم مشروعية ما فيه الضرر والضرار في الإسلام[1] على معنى النهي عن إيجاده، وهو انما يقتضي حرمة ذلك لا الجبر بالضمان المتوقف على إرادة انتفائه وجوبه في الدين المنزل على إرادة جبر ما يحصل منه فيه بالغرامة، لأنه أقرب المجازاة إلى نفيه، بل يمكن دعوى إرادة ذلك حقيقة من النفى بلا تجاوز، إلاّ أن ذلك كله كما ترى لا يصلح دليل كذلك، من دون انجبار بفتوى الأصحاب، فضلاً عن الفتوى بخلافه)، إلى آخر كلامه، محل تأمل.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح٣.

إذ قد عرفت الدلالة من (لا ضرر) و(لا يتوى)[1] وما أشبه، ولاحاجة إلى الانجبار، ومن أين ذلك بعد الظهور بحجية السند، فعدم فتوى جماعة من الأصحاب من باب الاجتهاد لا يضر بالدلالة أو السند كما في سائر الموارد، فالقول بالضمان في صورتي التسبيب وغيره هو مقتضى القاعدة.

ثم قال الشرائع: (أما لو قعد على بساط غيره، أو ركب دابته ضمن).

وقال في المسالك: (لا إشكال في تحقق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابة، سواء قصده أم لا، وسواء كان المالك حاضراً وأزعجه أم لا، لتحقق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبره، أو مطلقاً حيث يكتفى به في الضمان، وربما قيل باشتراط نقل المنقول في ضمانه، فلا يكفي مجرد ركوب الدابة من غير أن ينتقل به، والجلوس على البساط كذلك، نظراً إلى أن ذلك هو القبض في البيع وغيره كأمثاله من المنقولات، وجوابه منع عدم تحقق القبض مطلقاً بذلك)، إلى آخر كلامه.

وهو كما ذكره، إذ النقل لا خصوصية له، فإن مثل «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[2]، وما أشبه من أدلة الغصب، مما علق الحكم على الغصب يشمل المقام وإن لم يكن نقل.

نعم، ينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا كان المالك أو الغاصب أذهب احترام المال، مثلاً فرش في الحرم المطهر سجاداً مغصوباً أو فرش نفسه

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح٥.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢. المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح٤.

ومنع الناس من الجلوس عليه أو المرور عليه، فإن في مثل هذا المورد حيث أذهب المالك احترام مال نفسه، أو حيث أذهب الغاصب احترام ذلك، ويكون السبب أقوى من المباشر، لا يكون ضمان على هذا الإنسان الجالس أو الماشي، وكذلك إذا وضع السجاد في الشارع، حيث الناس لهم الحق في العبور، فلا يمكن أن يقال: إن حقهم يسقط بسبب هذا الفراش، ولو كان الفاعل لذلك غاصباً، وقد نبهنا على ذلك في بعض مباحث (الفقه).

ولذا قال في الجواهر: (التحقيق عدم اعتبار النقل في قبض المنقول في المقامين، بل في كل مقام اعتبر الشارع فيه القبض لتحققه عرفاً بإثبات اليد بتصرف بل وبدونه، وإن لم يحصل فيه نقل) انتهى.

وكذلك إذا كان الجلوس أو الركوب اضطرارياً، فإنه لا يعد غاصباً، كما إذا كان مقعداً فأركبه إنسان الدابة بدون اختياره، فإن هذا لا يعد غاصباً، وإنما يعد السبب، أو أجلسه إنسان على فراش الغير، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما خبر عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون، قال: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتباع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه»[1].

فقد ذكر في كتاب البيع أنه من جهة أن التلف قبل القبض من مال مالكه، لا أن القبض لا يتحقق إلاّ بالإخراج من البيت.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٨٥ الباب ١٠ من أبواب الخيار ح١.

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف في أنه يصح غصب العقار ويضمنه الغاصب كما في الشرائع.

وفي الجواهر: إن الإجماع بقسميه عليه.

وذلك في قبال قول أبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف، من عدم تصور غصبه، لعدم تصور إثبات اليد فيه، وضعف هذا الكلام واضح، وتعبير الشرائع بـــ (يصح) يريد الإمكان كما هو واضح.

ويدل عليه بالإضافة إلى العرفية والإجماع المتقدم، الروايات التي ذكرناها سابقاً:

مثل قوله (عليه السلام): «من غصب شبراً من أرض»[1].

وقوله: «من غصب أرضاً»[2].

وحديث: «غصب الصديقة (عليها السلام) فدكاً»[3].

إلى آخر ذلك، فإن غصب كل شيء بحسبه.

ولذا قال في الشرائع: ويتحقق غصبه بإثبات اليد عليه مستقلاً من دون إذن المالك.

وقد ظهر بما تقدم وجه النظر في كلام القواعد، حيث قال: (إنه يتحقق الغصب في العقار بالدخول لإزعاج المالك، فإن أزعج ولم يدخل، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن)، إذ قد يتحقق الغصب بالدخول وإن لم يتزعج المالك، مثلاً استولى السطان على بستان إنسان وترك مالك البستان في البستان كأنه عابر سبيل، أو كالإنسان الذي يتفرج في البستان سواء كان صاحب البستان أو غيره، فإن عدم انزعاجه وعدم إزعاجه لا يحقق عدم

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٣ من كتاب الغصب ح٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٣ من كتاب الغصب ح٢.

(٣) انظر: الاستغاثه: ص٣٦ ط إحقاق الحق باكستان، ومفاتيح الجنان: ص٣٧١.

الغصب بعد تحقق صدق الغصب بسبب الاستيلاء.

أما قوله: (أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزعج لم يضمن)، فينبغى أن يقال: إن القصد لا مدخلية له إذا عد عرفاً غاصباً، ولو لم يكن انزعاج وإزعاج للمالك، إذ الغصب موضوع عرفي، وهذا الموضوع العرفي قد يتحقق ولو بدون القصد، وقد لا يتحقق حتى مع القصد، كما إذا قصد ضعيف الاستيلاء على بستان إنسان ودخل في البستان، لكن صاحب لبستان كان قوياً لا يخاف، فلا يعد ذلك غصباً عرفاً، حيث إن صاحب البستان هو المتسلط وإن كان الداخل زعم أنه قوي وأن صاحب البستان ضعيف، فإن مثل هذا لا يعد غصباً عرفاً.

ثم إن الملتقطات قال: هل يختص الغصب في مثل العقار والدار بموضع التصرف، كالبيت الذي جلس فيه، والساحة التي وضع فيها شيئاً، أو يكفي التصرف في البعض في صدق الغصب بالنسبة إلى جميع الدار ولو بالنسبة إلى الموضع غير المتصرف فيها، أو يفصل بين المواضع المقصودة بالغصب من الدخول فيها وغير المقصودة، فيتحقق بالنسبة إلى الأول دون الثاني.

وتحقيق ذلك: إنه لا شبهة في أن لبعض الأشياء وحدة حقيقية بحيث يعد وضع اليد على بعضه تصرفاً في الكل، كالثوب والكتاب والبساط وما أشبه ذلك، ولبعض آخر وحدة عرفية كالدار والعقار ونحوهما فإنها مع انحلالها إلى أمور متباينة خارجية تعد عرفاً شيئاً واحداً.

والظاهر أن غصب بعض أجزاء مثل هذه الأشياء إذا اقترن مع قصد خلاف غصب بقية الأجزاء اختص بمورده المخصوص، فلو استولى على دار ودخلها قاصداً غصب بعض بيوتها متصرفاً فيه، مع قصد عدم غصب البيوت الأخر، فهو ليس بغاصب لغير المتصرف فيه، ولا ضمان له، وإنما يضمن

المتصرف فيه خاصة، والسر في ذلك عدم مساعدة العرف على صدق الغصب بالمعنى المتقدم عليه بالنسبة إلى غيره، بعد ما عرفت من اعتبار التصرف الفعلي فيه، وعدم الاكتفاء بمجرد الاستيلاء والقهر) انتهى.

ومقتضى القاعدة أنه إذا غصب البعض وعدّ ذلك غصباً للكل، كما لو خاف المغصوب منه فهرب، فإنه ضامن للكل وغاصب للكل، مثلاً الجائر دخل غرفة من داره، وهو علم أنه إنما قصد غصب الغرفة من الدار، لكنه خاف بطشه المسبب من وروده، فإنه يقال عرفاً إنه غصب الكل، إذ إنه إذا عد استيلاءً لم ينفع القصد في عدم جعل الكل مغصوباً.

أما إذا لم يكن كذلك، يعني لم يكن خوف و لم يكن استيلاء عرفي، وقصد الغاصب البعض، فإنه لا يعد ذلك البعض الذي لم يقصد غصبه مغصوباً.

نعم لا ينفع زعم المغصوب منه أنه غصب الكل في كونه غصباً للكل، مثلاً الجائر دخل غرفة، فإذا كان يعلم المغصوب منه أنه إنما قصد غصب غرفة فقط، كان يبقي في الدار في سائر غرفها، لكن حيث لا يعلم ذلك هرب باعتبار أنه غصب الكل، فإن الزعم لا يصحح أنه غاصب للكل إذا لم يكن استيلاء عرفي للكل، فهو مثل ما إذا غصب الجائر دار زيد فزعم عمرو أنه أيضاً غصب داره، بينما الجائر لم يغصب دار عمرو فإن مجرد زعمه لا يسبب صدق الغصب، كما أنه لم يكن توياً لحقه وتفويتاً وبطلاناً لحقه، فإن الأمور دائر مدار الواقع إلاّ ما خرج بالدليل، وليس الموضع من المستثنى، وحيث قد عرفت أن الغصب تابع للصدق التابع للاستيلاء وإن لم يكن تصرف، فإذا لم نعلم

هل أن هذا المستولى قصد، فالظاهر أنه تابع للصدق العرفي، فلا مدخلية لقصد العدم، أو عدم القصد، أو قصد الوجود في شيء.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المحقق الرشتي، حيث قال: (وهل يعتبر مع ذلك قصد الغصب أيضاً، أو يكفي عدم قصد الخلاف، فيه تردد، ويظهر الثمرة فيما لو جهل حال الغاصب، بموته وغيبته ونحو ذلك، ولا يبعد رجحان الأول، فلو علم عدم قصد غصب غير المتصرف فيه، فالظاهر عدم الغصب وعدم الضمان، لكن يمكن ظهور فعل الداخل الغاصب للدار في بعض بيوته في قصده بغصب الكل، كما يمكن دعوى متابعة هذا الظهور ولو لم يعتمد بظواهر الأفعال في غير المقام، وحينئذ فتبقى الثمرة في حال الشك كما لا يخفى، إلاّ أن يكون المجهول الحال ممن لا يعتد بظواهر أفعاله) انتهى.

فإن الأمور العرفية لا تترتب على القصد وجوداً وعدماً، ولا تترتب على التردد حتى يقال بإجراء الأصل، وإنما الأمور القصدية هي الأمور الإنشائية التي ليس الغصب ـــ بإطلاقه ـــ منها.

أما ما ذكره الجواهر بقوله: (الظاهر إن تقييده بقصد الاستيلاء للاحتراز عن الداخل لا بقصده، بل لينظر إليه ليتخذ مثله مثلاً، فإنه ليس بغاصب عرفاً قطعاً) انتهى.

فهو كما ذكره، إذ الداخل بقصد النظر ليس بغاصب، وإن زعم صاحب الدار أنه غاصب.

نعم إذا سبب ذلك خوفه وشروده مما يعد عرفاً أنه غاصب كفى ذلك،

فليس الأمر دائراً مدار القصد وعدم القصد، وإنما مدار الصدق، وذلك بالاستيلاء لصدق الغصب عرفاً كما تقدم، بل يكفي في الضمان صدق التفويت ونحوه.

وبذلك ظهر أنه لو دخل الدار بقصد اتخاذ مثلها في داره، و لم يكن غصباً عرفاً، فإنهدمت الدار في تلك الحال لم يكن ضامناً.

ومنه يظهر وجه النظر فيما نقله الجواهر عن التذكرة قال: (لكن لو انهدمت في تلك الحال، فعن التذكرة في الضمان إشكال، ينشأ من أنه قد حصل التلف في يده، كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر إليه فتلف فإنه يضمن، ومن الفرق بينهما بأن اليد على العقار حكمية لا حقيقية كاليد على المنقول، فلا بد في ثبوت اليد على العقار من أمر آخر، وهو قصد الاستيلاء) انتهى.

ومراده قصد الاستيلاء مع فعليته كما هو واضح، إذ مجرد القصد بأن يستولي بدون الاستيلاء الفعلي لا يحقق الغصب، فإذا تحقق الاستيلاء لم يعتبر قصده، وإذا لم يتحقق الاستيلاء لم يضر قصده، وحيث قد عرفت أن المعيار الصدق فلو دخل الضعيف على القوي بقصد الاستيلاء فليس بغاصب، إذ لا أثر لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه.

ولو دخل القوي على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده، فالمتجه كونه غاصباً للجميع، ولا فرق في هذين الموضعين بين الإزعاج وعدمه، كما ذكره الجواهر، وتقدم الإلماع إلى ذلك.

ولو أخرج إنسان إنساناً عن داره أو بستانه أو دكانه أو ما أشبه، وصدق الاستيلاء كان غصباً، سواء دخل أو لم يدخل، كما إذا أرسل الجائر مأموريه

فأخرجوا من في دورهم بقصد أن تكون من ممتلكات الجائر أو ما أشبه، وإن لم يصدق الاستيلاء لم يكن غصب، كما إذا أخرجه عن داره بأن خوفه أو ألقي في داره أسداً أو سبعاً أو حية أو ما أشبه، مما انزعج فخرج، فإنه حيث لا يكون الاستيلاء لا يكون غصب، كما يستفاد من العرف.

ولا فرق بين أن يكون المستولي والمتزعج كلاهما قوياً، أو كلاهما ضعيفاً، أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً، مثلاً جاء ضعيف وأظهر نفسه بمظهر القوي فأخرج قوياً من داره واستولى عليها بزعم القوي أن المستولي أقوى منه فإنه غاصب، وإن لم يكن في الواقع قوياً وإنما أظهر القوة بأنه مربوط بدولة كذا، أو بعشيرة كذا مثلاً، إذ المناط في تحقق الاستيلاء المحقق للغصب وقد تحقق، وجهل القوي الذي انزعج عن داره لا يوجب أن لا يكون غصب، حيث إنه قوي والمزعج ضعيف.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما في الجواهر من قوله: (ولو أزعج القوي لمثله و لم يدخل، أو القوي الضعيف كذلك، ففي تحقق الغصب إشكال، ينشأ من أن قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف والتخلية وتسليم المفتاح كما سبق في البيع، وبذلك يدخل تحت يد المشتري في ضمانه، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب، كما أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول وأن الاستيلاء به يحصل، ونحو ذلك قال في التذكرة هنا، وفي التحرير جزم باشتراط الدخول، والمسألة موضع تردد، ولا يتصور إزعاج الضعيف القوي)، إلى آخر كلامه.

ومنه يعلم أنه إذا دخل الضعيف دار القوي الخالية، وعلم القوي بذلك

وكان يعلم أنه ضعيف، لكنه لم يطارده لمصلحة له في عدم المطاردة، فإن هذا الضعيف غاصب، فليس المعيار الضعف والقوة، وإنما المعيار صدق الغصب وعدم صدقه.

ولذا قال في الجواهر: (ولعل الأولى إيكال الأمر في صدق الغصب وصدق أخذ اليد إلى العرف الذي هو المرجع في نحو ذلك، ضرورة عدم حصول كشف العرف في صورة دخول الضعيف على القوي واستيلائه على ما تصرف فيه وثبت يده عليه، فإن عدم تحقق الغصب به بناءً على أنه الاستيلاء ممنوع، إذ قوة المالك لا تنافي صدق الاستيلاء وإثبات اليد من الضعيف، وأوضح من ذلك استيلاء الضعيف دار المالك القوي الخالية عنه) انتهى.

ومنه ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي، قال: (لو كان الساكن ضعيفاً والمالك قوياً، ففي الشرائع والقواعد عدم الضمان مع حضور المالك، ووجهه عدم تحقق الاستقلال والاستيلاء المعتبرين في معنى الغصب مع الضعف والحضور، لكن في اللمعة نسب عدم الضمان إلى قيل مشعراً بتمريضه، كما فهمه في الروضة بقول مطلق، من غير تفريق بين حضور المالك وغيبته، ولعله لقاعدة اليد، بناءً على جريانها في مثل يد الآخذ بالسوم والناسي والساهي وأشباههما، مما لااستقلال هنا ولا استيلاء. بل في الروضة: ووجه ظهور استيلائه على العين التي انتفع بسكناها، وقدرة المالك على الدفع لا يرفع الغصب مع العدوان، وفيه منع تحقق الاستيلاء، وتحقق العدوان لايستلزم تحققه)[1] انتهى.

إذ أولاً: تعليله بأن ذلك من جهة اليد غير وجيه، بعد تصريحه في الروضة بظهور استيلائه على العين، كما ذكره في كلامه.

(١) كتاب الغصب، للرشتي: ص٨.

وثانياً: إن قوله: (وفيه منع تحقق الاستيلاء) غير ظاهر الوجه، إذ قد يكون استيلاء كما ذكرنا في أن الضعيف يستولي على ملك القوي، والقوي لمصلحة لا يدفعه، فهل هذا لا يسمى غصباً ولا يسمى استيلاءً، فإنه لا شك في صدق الاستيلاء والغصب فيتبعه حكمه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كلامه الآخر، حيث قال: (وأما قاعدة اليد ففيها مؤاخذة لمنع تحقق اليد في مثل الدار من غير المنقولات مع عدم تحقق الاستيلاء، ولذا لا يضمن من دخل دار غيره عدواناً عبوراً أو لغرض آخر من الأغراض غير السكنى، لأن مجرد الدخول في الدار أو الأرض أو العقار ونحوها، بل ومجرد السكنى والانتفاع أيضاً لا يعد في العرف تصرفاً ويداً) انتهى.

إذ فيه أولاً: هو استيلاء.

وثانياً: وإن لم يكن استيلاءً فرضاً، لكنه لا إشكال في صدق تحقق اليد عرفاً، فهل لا يسمى من دخل دار غيره وسكنها أنه لا يد له عليها.

ومما تقدم ظهر حال الاشتراك، كما إذا دخل اثنان دار غيره عنوة وسكنها مع ذلك الغير، سواء كانا ضعيفين أو قويين، أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً حتى في مثل ما إذا كان مالك الدار قوياً، لكن لم يطرد الداخل لمصلحة أو لأنه زعم أنه قوي مثله، أو أنه أقوى منه فلا يتمكن عليه، فإن في هذه الصور يشترك الغاصب مع صاحب الدار في توزيع الدار بينهما، فيكون على الداخل بمقدار ما يراه العرف غاصباً، فقد يكون بقدر الثلث، وقد يكون بقدر النصف، وقد يكون بقدر الربع.

ولو شك في زيادة النسبة ونقصانها، كما إذا شك في أنه هل غاصب

لنصف الدار أو ثلثها، فمقتضى القاعدة أن الأصل الأقل، وليس هذا الأصل معارضاً بأصل الأقل في جانب صاحب الدار، لأن هذا هو الضامن الذي يجب عليه الدفع، أما صاحب الدار فلا أصل بالنسبة إليه، مما يؤثر شرعاً في شيء.

ولا فرق بين الدخول على الساكن أو الاستيلاء على المستولي، مثلاً زيد غصب دار عمرو باستيلائه عليها بدون دخولها، فجاء خالد واشترك مع الغاصب الأول في غصبه الدار، حيث أصبحا غاصبين، فإنه يكون الضمان بينهما، من غير فرق بين أن يستولي على الدار مرة واحدة، أو يستولي على الدار تدريجاً، لتحقق الغصب بكلا الدخول والاستيلاء بدون الدخول كما تقدم.

بل وكذا الحال إذا كان أحدهما مستولياً بدون دخول، والآخر داخلاً بدون استيلاء.

أما ما ذكروه في صورة دخول القوي على الضعيف مستولياً من اضمحلال يد المالك، وكونه غاصباً للجميع، فمرادهم ما هو الغالب، لا صورة عدم اضمحلال يد المالك، كما قاله الجواهر، إذ يمكن منعه مع فرض بقاء تصرف المالك، وعدم رفع يده خارج عن الفرض، ولذا قال أخيراً: (اللهم إلاّ أن يفرض دخوله على وجه لم يبق له يد أصلاً، وكان الجميع في يد القوي واستيلائه، وربما يشهد لذلك ما عن بعض النسخ من فرضه على هذا الوجه) انتهى.

وعلى هذا فالفروض أربعة:

الأول: اضمحلال يد المالك إطلاقاً.

الثاني: عدم اضمحلال يده إطلاقاً.

الثالث: اضمحلال يده بقدر النصف.

الرابع: اضمحلال يده لا بقدر النصف، وإنما بالقدر الأكثر، أو بالقدر الأقل.

ولكل حكمه كما هو واضح.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي، حيث قال: (لو سكن الدار مع مالكها، فإن كان المالك ضعيفاً، يعني غير قوي على الغاصب الساكن ففي ضمانه الكل، أو النصف، أو عدم الضمان مطلقاً، وجوه وأقوال، والمختار في المسألة أوسطها وأن الساكن المجامع للمالك غير متصرف على وجه الاستيلاء والاستقلال إلاّ في النصف، فيكون ضامناً له خاصة، ومن ذلك يظهر وجه القولين) انتهى.

إذ قد يكون المالك قوياً والغاصب ضعيفاً، وإنما لا يخرجه لمصلحة، فيكون حكم الغاصب حكم الخادم في الدار حيث إنه لا يقال إنه مستول على الدار، أو على بعضها.

وقد يكون العكس، بحيث يكون المالك لا شأن له، كما تقدم في مثال ما إذا دخل الجائر مكاناً فصار المالك كأحد عبيده وخدمه لا شأن له، بأن اضمحلت يده.

وقد يكون الأمر بين المالك والغاصب، وفي هذا الحال قد يكون على نحو الإشاعة، وقد يكون على نحو المعين، فيكون نصف الدار في يد الغاصب ونصفها في يد المالك مشاعاً، أو كل واحد اختص بنصف الدار، أو اختص أحدهما بالأكثر والآخر بالأقل، سواء على نحو الإشاعة أو على نحو الكلي في المعين، والأحكام تختلف في هذه الصور.

وسيأتي لهذا مزيد توضيح في مسألة الدابة المغصوبة التي غصبها الغاصب وكانت أيضاً بيد المالك في الجملة، فاحتمال المحقق الرشتي القرعة غير ظاهر

الوجه، قال:

(كما إذا كان يد أحدهما على أحد طرفي كتاب وثوب ونحوهما، ويد الآخر على الطرف الآخر، فإنه لا وجه للقول بدلالة كل واحد على ملكية الطرف الخاص الذي تعلق به، ولا على الدلالة على ملكية النصف المشاع، لعدم تعلقه بكل جزء جزء من تمام العين، كما في الفرض السابق حتى يدل على ملكية النصف المشاع. فالظاهر تتريلهمها على النصف المشاع جميعاً كتتريل البينتين، لأن مثل هذا التصرف إن لم يكشف عن الاختصاص المطلق الدال على ملكية الكل فعلاً، إلاّ أنهما يدلان على ذلك شأناً، وقضية اجتماع الأسباب الشأنية في مورد واحد شخصي التزاحم والتعارض في تمام ذلك المورد، فيرجع في أعمال أحدهما دون الآخر إلى القرعة أو التنصيف أو غيرهما جمعاً) انتهى.

ولا فرق في المسألة السابقة بين أن يسكن الغاصب بنفسه، أو أن يسكن غيره، ولذا قال في الشرائع: (وكذا لو أسكن غيره).

وعلق عليه الجواهر بقوله: (بعنوان الإذن منه والرخصة، من غير فرق بين جهل الساكن بالحال وعلمه، وإن كان في الثاني يكون كل منهما غاصباً، كما أن كلاً منهما ضامن في الأول، وإن لم يكن الجاهل غاصباً لعدم علمه بالحال، إلاّ أنه ضامن بإثبات اليد واستيلائه على مال الغير بغير حق في الواقع، فهو كالغاصب في ضمان العين والمنفعة، وإن لم يسم غاصباً اصطلاحاً) انتهى.

فإنه كلام تام، إلاّ قوله: (وإن لم يسم غاصباً اصطلاحاً)، فإنه غاصب لكنه لا يعاقب عقاب الغصب، فإن لفظ الغصب كلفظ الزنا والكفر والملك وغير ذلك لا يختلف في التسمية بها العلم والجهل والذكر والنسيان، فالزاني زان وإن لم يعلم هو أنه زنى، لكنه زنا لا يعاقب عليه، والكافر كافر وإن لم

يعلم أنه كافر، بل بالجهل المركب زعم أنه مؤمن غاية الإيمان، نعم الفرق أنه لا يعاقب على كفره إذا لم يكن عالماً أو جاهلاً مقصراً، وكذلك في الغصب وسائر الألفاظ.

اللهم إلاّ أن يريد الجواهر بعدم تسميته غاصباً اصطلاحاً، الغصب الذي له الأحكام الخاصة من العقاب والتعزير وغير ذلك، لكن ظاهر كلامه عدم التسمية غاصباً إطلاقاً.

وكذلك الغاصب مضطراً أو مكرهاً يسمى غاصباً، وإنما ليس عليه عقاب الغصب دنياً وآخرةً.

قال المحقق: (فلو سكن الدار مع مالكها قهراً لم يضمن الأصل)، ومراده بالأصل جميع الدار كما فسره به الجواهر، (وقال الشيخ: يضمن النصف، وفيه تردد منشؤه عدم الاستقلال من دون المالك) انتهى كلام الشرائع.

لكن الجواهر علق عليه بقوله: (ولم نجده لأحد ممن تقدمه فضلاً عن الجزم بعدمه، وإن حكاه المصنف في النافع قولاً، بل عن التنقيح نسبته إلى المبسوط إلاّ أنا لم نتحققه، وعلى تقديره فهو واضح الفساد، ورؤية صدق الغصب بذلك عرفاً المقتضي لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال)[1].

والعرف أعدل شاهد، ومقتضى ذلك عدم الضمان على الشخصين المشتركين في غصب شيء واحد على وجه الاستقلال لكل منهما، وهو معلوم الفساد.

وتبعه في الإشكال على الشرائع بذلك المحقق الرشتي.

ثم إن الجواهر قال: (أما بالنسبة إلى المنفعة، فيضمن الغاصب كل منفعة للعين التي صارت في يده واستيلائه، سواء استوفاها أو لا، نعم ما استوفاها المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها) انتهى.

وفيه مناقشتان:

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٣.

الأولى: إن المنفعة التي صارت تحت استيلاء الغاصب بدون انتفاعه بها لا يوجب مطلقاً ضمانه، كما تقدم في مثال أن إنساناً لم يسكن داره وإنما تركها وشأنها، ثم جاء غاصب واستولى عليها، فإنه لا يظهر لزوم إعطاء المنفعة، إذ مثل هذه الدار لا يعد لها منفعة قد أبطلت بسبب الاستيلاء المجرد من الغاصب.

نعم، إذا سكنها أو أسكنها كان موجباً للضمان، فدليل «اليد» و«حقوق المسلمين لا تبطل« و«لا يتوى حق امرئ مسلم» و«فوّتها»[1] وما أشبه ذلك يشك في شمولها مثل المقام، خصوصاً في المثال الذي تقدم سابقاً من أنه جعل حاجزاً أمام باب الدار، حيث لا يتمكن داخل من الدخول ولا خارج من الخروج فرضاً، فإن الدار إذا كانت متروكة لا شأن للمالك فيها لا يسبب هذا العمل من الغاصب الضمان للمنفعة، لأنه لم يستوفها و لم يضع يداً عليها، على تأمّل أو إشكال فيما إذا كان استيلاء، لا ما إذا كان جعل حاجز.

وأما الثانية: فهي في قوله: (نعم ما استوفاها المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها)، فإنه يجب أن يقيد بما إذا لم يكن استيفاء المالك استيفاءً باعتبار المجانية، بجهل أو غفلة أو نسيان من المالك، وإلاّ كان الغاصب ضامناً حتى لهذه المنفعة.

فإن ذلك مثل ما ذكروا فيما إذا أهدى إلى إنسان شاة نفسه أو دجاجة نفسه، والمهدى إليه لا يعلم أن الدجاجة والشاة له، فذبحهما وأكلهما بعنوان الهدية، فإن الغاصب ضامن.

ولا يقال: إن المالك حيث أكلهما لا يكون الغاصب ضامناً، ففي المقام أيضاً إذا غصب الدار الغاصب والمالك لا يعلم بأنها داره، ثم الغاصب

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

أسكن المالك الدار بعنوان الهدية وما أشبه، فإن الغاصب ضامن لمنفعة الدار ولعين الدار.

ثم إنه قد يكون للغاصب الاستيلاء مطلقاً، أي إن المالك لا يتمكن لا من بيع الدار ولا من سكناها ولامن إجارتها وما أشبه، وهذا لا شك في تحقق الغصب بجميع خصوصياته فيه.

وقد يكون الغاصب استولى على بعض جهات الدار، لا على كل الجهات، كما إذا سكن في الدار، لكن المالك يتمكن من البيع ونحوه، أو أن الغاصب استولى على بيع الدار بأن كان قاهراً فأعلم أنه لا يجوز لأحد أن يشتري الدار أو أن يستأجرها، أما المالك فهو وشأنه في سكنى الدار والانتفاع بها، فهل في القسم الثاني يكون غاصباً مطلقاً، أو لا.

عن الرياض تبعاً للكفاية لابد من التقييد بكونه متصرفاً في النصف مثلاً، بحيث يمنع المالك من أنواع التصرفات فيه كالبيع والهبة وأمثالهما، لا مجرد السكنى، وأشكل عليه الجواهر بقوله: وفيه إنه يكفي في ضمانه النصف إثبات يده بالسكنى على الإشاعة، وإن لم يمنعه عن التصرفات المزبورة لصدق (على اليد).

أقول: الظاهر أنه لا يسمى غاصباً إذا منع البيع أو الإيجار أو ما أشبه، أما إذا منع عن السكنى وتمكن المالك من البيع ونحوه منعاً بالاستيلاء، لا منعاً بجعل الحاجز، كما تقدم في بعض الأمثلة، فالظاهر أنه يصدق عليه أنه غاصب، كما ذكره الجواهر.

ولا فرق في ذلك بين كون الأمرين في كل الدار

كما مثلناه، أو في جزء الدار كما مثلوه.

ثم إنه إذا كان المالك والغاصب كلاهما في الدار على نحو الإشاعة، بأن كان كل واحد يتصرف في كل الدار، فالظاهر أن الغاصب إنما يضمن نصف الدار، لأنه غاصب للنصف عرفاً، وليس غاصباً للكل.

ولذا حكي ذلك عن مجمع البرهان، وقال بعض من تأخر عنه تبعاً له: لا فرق بعد فرض تصرفه في قدر النصف، أو أقل أو أكثر، لأن المتصرف في جميع الدار مثلاً اثنان، فيحال الضمان عليهما كالجنايات، فلو جنيا عليه ومات من جنايتهما كانت الدية عليهما نصفين، وإن كان أحدهما جرحه ألف جرح، والآخر جرحاً واحداً.

أقول: في مثاله نظر، وإن كان أصل موضوعه مقتضى القاعدة كما ذكرناه، ولذا لا يرد عليه إشكال الجواهر، وإن ورد عليه إشكاله في مثاله، قال: (إنه لا يقاس المقام الذي بناء الضمان فيه على قاعدة اليد على الجناية التي يصدق أنهما معاً قتلاه، وإن تعددت جناية أحدهما دون الآخر، بخلاف المقام الذي فرض فيه صدق الاستيلاء على الجميع واليد على كل منهما، فيضمن الجميع من كانت يده يد ضمان دون الآخر، إذ ليس يد كل منهما على النصف حتى يختص ضمانه به) انتهى.

وأنت خبير بما في تعليله بقوله: (إذ ليس) إلخ، إذ كل واحد منهما مستول على النصف في الفرض.

نعم إذا فرض أن أحدهما مستول على ثلاثة أرباع، والآخر مستول على الربع أو ما أشبه، كان التقسيم حسب ذلك، مثلاً كان المالك واحداً، وكان الغاصب ثلاثة، أو بالعكس بأن كان الغاصب واحداً، وكان المالك ثلاثة، فيما

انتفع الكل بنسبة واحدة، فإن من كان أكثر يكون انتفاعه أكثر، ويتبع الانتفاع الضمان كما هو واضح.

وكذلك لو صار الغصب كالمهاياة، مثلاً إن المالك يسكن الدار كل أسبوع يوماً، والغاصب يسكنها ستة أيام، أو بالعكس، فإن النسبة تكون حسب ذلك، ولعل أبا العباس أراد ما ذكرناه، فيما حكي من كتابيه من أن الغاصب لا يضمن من الأجرة إلاّ قدر ما ينتفع به من السكنى.

وعليه فلا يرد عليه إشكال الجواهر، (بأن المتجه ضمانه لكل منفعته عدا ما استوفاها المالك من غير فرق بين ما استوفاها وما لم يستوفها، لأن يده يد ضمان على العين وعلى المنفعة، بل القائل بالتنصيف يضمنه منفعة النصف وإن لم يستوفها) انتهى.

ثم إنه إن كان لكل من المالك والغاصب عائلة تختلف كثرة وقلة، مثلاً كانت عائلة المالك عشرة، وعائلة الغاصب تسعة، فهل هنالك أيضاً تنصيف، أو حسب الأفراد، الظاهر أنه مرجوع إلى العرف، فإذا رأى العرف أنهما عائلتان ساكنتان على كل منهما النصف في مورد الأجرة وما أشبه، فاللازم القول بالنصف هنا، وإن رأى العرف أن المنفعة بحسب عدد الأفراد، فاللازم أن نقول هنا أيضاً الغصب بحسب عدد الأفراد، ويتبعه الضمان.

ولعل الموارد مختلفة، مثلاً كان المالك ونفران من عائلته ركبا سيارتهم للسفر، وجاء الغاصب مع أربعة من عائلته، حيث إن العرف يرون أن الغاصب أكثر انتفاعاً فضمانه أكثر، ولو انعكس رأوا أنه أقل انتفاعاً، فضمانه أقل.

أما في مثل سكنى الدار وما أشبه، فلا يختلف الحال عند العرف إلاّ بزيادة كثيرة في عائلة أحدهما.

ولو شك في الضمان الأكثر، كان الأصل العدم.

قال في محكي الرياض: (إن ظاهر العبارة ونحوها من عبائر الجماعة يقتضي عدم الفرق في ضمانه النصف بين وحدة المالك وتعدده، فيحتمل تخصيصها بالصورة الأولى، والرجوع في الثانية إلى الضمان بالنسبة)، ورده الجواهر بقوله: (قد عرفت أن ضمان العين يتبع اليد والاستيلاء، فمع فرض صيرورتها أجمع تحت يده على وجه لا ينافي كونها مع ذلك تحت يد المالك يتجه الضمان، نعم لو فرض تصور كون الداخل تحت يده النصف مشاعاً أو الثلث كذلك من دون تصرف في الجميع اتجه حينئذ ضمان ذلك عليه خاصة) انتهى.

وما ذكره الجواهر أقرب، حيث قد عرفت أن الميزان الاستيلاء، ووحدة المالك وتعدده لا مدخلية له في ذلك، كما أن وحدة الغاصب وتعدده بأن يكون مع جملة من عائلته لا مدخل له في الحكم.

ولو اختلف قدر المنفعة والغصب، فالظاهر أن لكل حكمه، مثلاً كان النصف بيده لكن انتفاعه بقدر الثلثين، أو كان الثلثان بيده لكن انتفاعه بقدر النصف، مثلاً سيارة غصب نصفها، لكن أركبها بقدر ضعف ما يركب في النصف، فإن الضمان بالثلثين بينما الغصب للنصف، وهذا هو الذي اختاره صاحب الجواهر حيث قال: (وأما المنفعة فيضمن منها منفعة ما كان في يده، من غير فرق بين ما استوفاه وغيره، عدا ما استوفاه المالك، نعم لو فرض كون ما في يده النصف ولكن نسبة انتفاعه بها إلى انتفاع المالك ثلثان وثلث، اتجه حينئذ ضمان النصف للعين والثلثين للانتفاع) انتهى.

ومنه يعلم حال العكس، وأن الجواهر يقول بعكس الحكم في عكس فرض الموضوع، والسر أن لكل من الغصب والضمان دليله، فلا تلازم بين

الأمرين حتى يكون دليل الضمان سار إلى الغصب، أو دليل الغصب سار إلى الضمان.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في كلا قولي الشرائع: (ولو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومة المالك لم يضمن، ولو كان المالك غائباً ضمن).

إذ يرد على الأول: إن المعيار في الغصب ليس الضعف والقوة، وإنما صدق الغصب الذي قد يتحقق مع ضعف الساكن، هذا بالإضافة إلى أن الضمان موجود ولو لم يكن غاصباً، إذ قد سبق أنه لا تلازم بين عدم الغصب وعدم الضمان.

كما أنه يرد على الثاني: إن المالك لو كان غائباً ضمن ليس مطلقاً، فإنه لا اعتبار ببعد الضامن أو قربه، وإنما الاعتبار بصدق الغصب وعدم صدقه من جهة أحكام الغصب، وباليد وبعدمه من جهة اعتبار الضمان، حيث إنه إذا دخل في قوله (صلى الله عليه وآله): «على اليد ما أخذت»[1] ضمن، وإن لم يصدق الغصب، لكن لا يبعد أن مراد الشرائع بالحكم الثاني ما إذا كان غيبة المالك سبباً لقوة الساكن، ولذا قال في القواعد: (ويضمن لو كان القوي نائياً).

وفي مفتاح الكرامة قال: كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة.

وفي الأخير: إنه لا شبهة في الضمان، وعلله في التذكرة بأن الاستيلاء حاصل في الحال، وأثر قوة المالك إنما هي سهولة إزالته والانتزاع من يده، فكان كما لو سلب قلنسوة ملك فإنه يكون غاصباً، وإن سهل على المالك انتزاعه وتأديبه.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح٤.

ولذا الذي ذكرناه أشكل الجواهر في كلا فرعي الشرائع، قال في الفرع الأول: (وأما ضمانه من حيث اليد، فقد عرفت الحال فيه، وأن المتجه فيه الضمان).

وقال في الفرع الثاني: (ولا يخفى عليك أن مثله آت في الحاضر القوي، ضرورة عدم الفرق في سكناه مع عيال المالك بين حضور المالك وغيبته، وكذا سكناه في دار المالك القوي الخالية التي صرح في التحرير بضمانها، ولا يراد بالأخذ المستفاد من قوله: «على اليد» أزيد من هذا)[1].

وقد ظهر مما تقدم ــ حيث قلنا إنه لا يشترط قصد الغصب في تحققه، لأنه يطلق الغصب حتى على ما إذا كان بدون قصده، كما إذا زعم أن الدار له، فأخذها من عمرو المالك، فإنه يطلق عرفاً أنه غصب دار عمرو ــ أن قول القواعد: (فإن قصد فهو غاصب) محل نظر، وإن نقل مثله غير واحد عن جماعة من العلماء.

نعم، عن الدروس أنه لو رفع كتاباً بين يدي المالك، فإن قصد الغصب فهو غاصب، وإن قصد النظر إليه ففي كونه غاصباً الوجهان.

وأشكل عليه الجواهر بأن منشأ الوجهين المذكورين في كلامه سابقاً الشك في أن الغصب الاستقلال، أو الاستيلاء، وهما معاً في الفرض حاصلان.

أقول: لعل وجه احتمال عدم كونه غصباً أنه حيث لم يقصده لم يسم العرف إياه غصباً، والآخذ غاصباً.

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٧.

(**مسألة ٢**): قال في الشرائع: (ولو مد بمقود دابة فقادها ضمن، ولا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها).

وقال في القواعد: (ولو مد بمقود دابة فقادها ضمن، إلاّ أن يكون المالك راكباً قادراً)، فزاد لفظ قادراً.

ونقله مفتاح الكرامة عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية، وقال: هو معنى قوله في الإرشاد: ضمن، إلاّ أن يكون المالك راكباً إلاّ مع الإلجاء.

وفي الدورس: لو مد بمقود دابة وصاحبها راكبها، فلا استقلال إلاّ مع ضعفه عن المقاومة.

وزيد في اللمعة والروضة: الوصف بكونه مستيقضاً.

أقول: مقتضى القاعدة هو الاستيلاء، فإن كان كلاهما مستولياً كان غصباً للنصف، وإن كان الغاصب مستولياً كان غصباً للكل، وإن كان الراكب مستولياً لم يكن غصباً، والمحكي عن الشيخ قوله بعدم الضمان هنا، مع قوله بضمان النصف لو سكن مع المالك في داره، ولذا أورد عليه في التذكرة بأن الفرق بين الدار والدابة غير واضح، فمقتضى قوله بضمان النصف في ساكن الدار، قوله بالضمان بقود المقود مع ركوب المالك.

وإشكاله عليه تام، وإن قال المحقق الرشتي راداً على التذكرة: التحقيق أن ما اعترضه في التذكرة على الشيخ من أن اللازم على مذهبه ضمان النصف هنا أيضاً ليس في محله، بل لابد من القول بالضمان في الكل، كما في ظاهر القواعد واللمعة، أو عدم الضمان رأساً، كما في الشرائع، والسر في ذلك أن بعض الأيادي المشاركة لا يمكن تتزيلها على النصف

المشاع كما في مثل الثوب والكتاب والبساط ومنه المقام، لأن اليدين المجتمعتين على الدابة كالر كوب والقود مترلتان في العرف على التزاحم والتعارض، أو على الأصالة والتبعية بأن يكون أحدهما أصيلاً، والآخر أجيراً أو مستأجراً.

وأما القول بأن يده على النصف، فلا وجه له، إذ فيه بعد استيلاء كل منهما أن الحال لا يخرج عن أن يقال بأن الغاصب هو المستولي، أو أن المالك هو المستولي، أو لا استيلاء، أو أن أحدهما أكثر استيلاءً، أو أنهما مستوليان على النصف، ومقتضى توارد العلتين على شيء واحد هو الأخير، فلم يظهر وجه للقول بعدم الغصب مطلقاً، أو بغصب الكل، وكذلك الحال في الأمثلة التي ذكرها في الملتقطات، كالثوب والكتاب والبساط، فإذا كان ثوب بيد نفرين المالك والغاصب، وكذلك الكتاب والبساط أو القلم أو ما أشبه، لم يكن وجه للقول بغصب الجميع، أو عدم غصب الجميع، أو زيادة أحدهما على الآخر في الغاصبية، وإنما مقتضى القاعدة أن على كل منهما النصف.

ولذا أشكل الجواهر على عدم القول بالتنصيف بقوله: وفيه إنه لا يتم على القول بالتنصيف عند التداعي، كما عن الخلاف والسرائر وثاني المحققين والشهيدين، بل عن ثاني الشهيدين التصريح في باب الديات بأن جنايتها بيدها على القائد والراكب بالتنصيف، فيضمن النصف أيضاً هنا باعتبار إثبات يده مع يد المالك، كما لو ركبها معه.

أما قوله بعد ذلك: (بل قد يقال بضمانه الكل في الفرض باعتبار صدق

الاستيلاء والأخذ الذي لا ينافيه قدرة المالك على الدفع إذا لم يدفع، كما إذا لم يكن راكباً لها وكان حاضراً قادراً على الدفع، أقصاه إثبات يده، ولا ينافي ذلك يده الغاصب، بل ولا استقلاله ولا استيلاؤه وأخذه واحتواؤه) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ الكلام في استيلائهما معاً، بحيث لولا استيلاء أحدهما كان استيلاء الآخر تاماً، وهذا الذي قاله غير ذلك الفرض.

وبذلك ظهر أنه لا فرق في ضمان النصف بين كونهما راكبين على حد سواء، أو سائقين، أو قائدين، أو بالاختلاف، أو أحدهما يجره من ذنبه والآخر يجره من رأسه، فإن الجميع مشترك في كون الاستيلاء لكليهما الموجب لكون كل واحد مستولياً على النصف.

والظاهر أن من الاستيلاء ما لو أخاف الدابة حتى أخذت تركض إلى داره أو إلى بستانه مثلاً، أو أراها علوفة فأخذت تركض إلى ذلك المكان، مما لا اختيار للمالك، وكان عرفاً هذا الإنسان المخوف والمري للعلوفة مستولياً، حاله حال ما إذا وضع مغناطيساً فجذب حديد غيره، فإنه قبل وقوع الحديد في يد هذا الإنسان الواضع المغناطيس يعد مستولياً باعتبار جذبه، ولا فرق في الجذب بين الجذب الاختياري كما في الدابة، والجذب الاضطراري كما في الحديد.

وكذا لو أرى الشاة ذئباً مما سبب سقوط الشاة لانهيار أعصابها، أو أرى الحمار سبعاً مما سبب سقوط الحمار لانهيار أعصابه، فإن كل ذلك يعد استيلاءً مما يعد غصباً.

ثم قال الجواهر: (وعلى كل حال، فلا خلاف ولا إشكال في ضمانه لها لو

اتفق تلفها بقوده لها، وإن كان الراكب قوياً على الدفع، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده، وكذا لو ساق الدابة وكان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر ضمن) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أن الاستيلاء لو كان للغاصب وحده كان ضامناً للكل، وإن كان للمالك وحده لم يكن على الغاصب ضمان، وإن كانا متشاركين كان على الغاصب نصف الضمان، سواء بالنسبة إلى العين أو بالنسبة إلى المنفعة.

أما فرعه الأخير فهو على وفق القاعدة إذا كان هذا الغاصب السائق يعد سبباً.

وحال السيارة في زماننا حال الدابة في كل ما ذكر، إذ لا فرق بين الشيئين في الملاك المذكور، وكذلك حال القطار والطائرة والسفينة والدراجة والدراجة الهوائية وغيرها من الوسائل.

وقد تقدم أنه لا يشترط القصد في تحقق الغصب، فلا فرق في الغصب والضمان بين زعمه أنه له، وبين علمه بأنه ليس له.

(**مسألة ٣**): غصب الحيوان الحامل غصب لحمله أيضاً، بلا إشكال ولا خلاف.

قال في الشرائع: (وغصب الأمة الحامل غصب لحملها لثبوت يده عليهما)، وعن التحرير أنه قال: (لو غصب الأمة الحامل كان غصباً للحمل، فلو تلف الحمل ألزم بقيمته بأن تقوم الأمة حاملاً وغير حامل، ويلزم بالتفاوت، ولو تلف بعد الوضع ألزم بالأكثر من قيمته وقت الولادة إلى يوم التلف، وكذا البحث في الدابة الحامل)[١] انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أنه باستيلائه على الحمل والحامل يكون غاصباً لهما، سواء علم بالحمل أو لم يعلم، إذ قد سبق أن العلم لا أثر له في تحقق الغصب، ولا يحتاج إلى القصد، وحينئذ فلو تلف أحدهما دون الآخر، أو تلفا معاً، سواء بعد الوضع أو قبل الوضع، كان اللازم ضمانه للتالف بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الأداء، فإذا هزل بعد السمن كان ضامناً للسمن، وإذا سمن بعد الهزال كان ضامناً للسمن أيضاً، وهكذا في سائر الشؤون.

ولذا يظهر أنه لا وجه لاحتمال قيمة وقت التلف، وإن احتمله المسالك والجواهر.

قال في الجواهر: (وإن تلفت أو تلف بعد الوضع، ففي المسالك ألزم بالأكثر من قيمة الولد وقيمتها حاملاً إن اعتبرنا الأكثر، وإلاّ فقيمته يوم التلف، ولعل المراد قيمة الولد يوم التلف، فيكون المعنى أنه إذا تلف الولد بعد الوضع غرم الأكثر من قيمة الولد إلى يوم التلف، مضافاً إلى الأكثر من تفاوت قيمتها حاملاً وحائلاً، وعلى القول باعتبار وقت التلف كان عليه قيمة الولد حينه، وقيمة التفاوت كذلك إن كان)[٢] انتهى.

---

(١) تحرير الأحكام الشرعية: ج٤ ص٥٢١ ــ ٥٢٢ ط الحديثة.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٠.

إذ قد عرفت أنه لما كان ضامناً لزم أن يكون ضامناً لأعلى القيم، لشمول دليل اليد وغيره له.

نعم الظاهر أنه لو سبب الغاصب الحمل، أو سبب النمو للحمل، أو سبب النمو للأم كان شريكاً بقدر ما أنماه، لقاعدة: ﴿أن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[1]، فإنه لا وجه لذهاب سعيه بسبب غصبه، ولا منافاة بين الأمرين.

ويؤيده ما رواه الوسائل في باب بيع الثمار، عن هارون بن حمزة، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجذوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال (عليه السلام): «له الحمل يصنع به ما شاء، إلاّ أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه»[2].

وفي روايته الأخرى، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري النخل ليقطعه الجذوع فيدعه فيحمل النخل، قال: «هو له، إلاّ أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه»[3].

وسيأتي لهذا الحكم مزيد توضيح، إن شاء الله تعالى.

أما الفرع الثاني: من فرعي الشرائع، حيث قال: (وكذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد)، فهو الذي قرره التذكره والتحرير وغيرهما أيضاً، خلافاً لما عن القواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم من عدم الضمان، لعدم كونه مبيعاً حتى يضمن بقاعدة (ما يضمن بصحيحه)، فهو حينئذ أمانة في يد المشتري.

---

(١) سورة النجم: الآية ٣٩.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح٢.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: (فيه: إنه مع فرض عدم إذن من المالك إلاّ الإذن البيعية التي فرض عدمها يتبيّن الفساد، فيتّجه الضمان حينئذ لعدم الإذن، والأصل الضمان، وقاعدة ما يضمن بناء الضمان فيها على ذلك، وإلاّ فهي ليست من أسبابه من حيث نفسها، وحينئذ فلاحاجة إلى ما في الدروس من حمل القول بالضمان على إرادة اشتراط دخول الحمل) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة عدم الضمان، لأن دليل الضمان هو (على اليد)، و(على اليد) منصرف إلى اليد العدوانية، وليست هذه اليد منها، ومثله ما لو قامر فأعطاه المال لأجل غلبه في المقامرة، فإنه إذا تلف المال بدون تعد وتفريط منه لم يكن ضامناً، وكذا إذا أعطاها أجراً للبغاء، فإن الأجر وإن لم يصبح مالها إلاّ أن تلفه لا يوجب ضمانها، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وبذلك يظهر أن تفصيل المحقق الرشتي في المسألة ليس على ما ينبغي، قال في رد قول الروضة: بأن تسليمه بإذن البائع: (فيه: إن هذا ليس بإذن معتبر في الأمانات على ما هو الأظهر في الإذن المعتبر فيها، لأن التسليم بالإذن تارة يكون من جهة توطين المالك نفسه على تسليط الغير على ماله بدون استحقاق ذلك الغير، كما في الرهن والعارية والوديعة والوكالة وما أشبهها من الأمانات، فإن التسليم في هذه المقامات تسليم ناشئ من قبل المالك، وتسليط الغير على ماله بدون استحقاق شرعي لذلك الغير للتسليط المزبور.

وأخرى يكون من جهة استحقاق الغير كما في البيع الفاسد، فإن تسليم المبيع ليس تسليطاً من البائع للغير على مال نفسه، بل على مال ذلك الغير

باعتبار الاستحقاق الذي اعتقده البائع في المشتري، إما جهلاً بالحكم الشرعي أو اقتراحاً منه بحسب ما يقتضيه القصد العرفي كالقمار مثلاً.

والتسليم في مثل هذا القسم ليس تسليماً من المالك توطيناً لتسليط الغير على مال نفسه، بل على مال الغير بحسب اعتقاده، والذي ظهر من الأخبار وكلمات الأخيار في باب الأمانات أن الإذن والتسليم الرافعين لحكم الضمان ما كان من القسم الأول دون الثاني، لأن النظر الدقيق يقتضي بأنّه ليس فيه إذن وتسليم وتسليط من الشخص على مال نفسه، فلا وجه للحكم بعدم الضمان مع ثبوت اليد، ومن هنا اتجه القول بالضمان في الإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، لأن تسليم العين المستأجرة لما كان في الإجارة الفاسدة باعتبار اعتقاد الموجر استحقاق المستأجر للمنفعة كان قهرياً وغصباً عليه، وإن كان بسببه الذي هو العقد صادراً باختياره ومن قبل نفسه)، إلى آخر كلامه.

فإنه لا دليل على هذا التفصيل، وإنما الدليل (على اليد)[1]، فإذا لم يشمل (على اليد) المقام كعدم شموله للقمار والبغاء والإجارة ونحوها، كان مقتضى القاعدة أصل البراءة عن الضمان.

ومثله ما إذا زعم المسلّم أن المال للمسلّم إليه، فسلّمه باعتبار أنه ماله لا مال المسلِّم بالكسر، فعطب أو تلف عند المسلّم إليه، فإن الأصل عدم الضمان.

وعليه فالحمل في البيع الفاسد ليس مضموناً على المشتري كأصل المبيع، فإن أصل المبيع مضمون لأنه مما يضمن بصحيحه، فيضمن بفاسده.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح٤.

أما الحمل فحيث لم يكن مضموناً بصحيحه لم يكن مضموناً بفاسده، فقول المحقق المذكور في وجه الضمان: (ضرورة عدم اقتران التسليم بالإذن لا من المالك لكون تسليمه تبعاً للمبيع الذي دفعه ليس إذناً في تصرفه على أنه مال البائع، ولا من الشارع لفساد العقد) غير ظاهر الوجه.

ومثله ضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل، ولذا صرح غير واحد بعدم الضمان لكونه أمانة صرفه في يده، وضمان الحامل فقط، واختاره الجواهر، لكن عن التذكرة التصريح بضمانه أيضاً.

وقال في الجواهر: يمكن حمله على المفروض دخوله في السوم مع الحامل.

ومما تقدم ظهر الوجه فيما عن الدروس من أنه لو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلب ومنع المستحق، فالظاهر ضمان العين والمنفعة، لشمول (على اليد) عليهما، بل إضافة الدروس منع المستحق مستدركة، إذ إذا وضع يده على المذكورات على وجه التغلب وإن لم يكن مستحق في البين كان ضامناً لدليل (على اليد).

ومنه يظهر وجه النظر في إشكال الجواهر على الدروس بقوله: (قد يشكل الضمان في المسجد ونحوه والمشاعر مما لم تكن المنفعة فيه ملكاً، وإن ملكوا الانتفاع به، إذ هو غير المنفعة فلا مالية حينئذ حتى يتجه الضمان، وإن تحقق الغصب في مثله) انتهى.

بل ذكرنا في كتاب إحياء الموات أن الإنسان إذا أقام من قعد في

مسجد أو موات أو شارع أو رباط أو ما أشبه، وجلس مكانه لا يستبعد ضمانه للمنفعة، لأن دليل «من سبق»[1] بالاضافة إلى «لا يتوى»[2] ونحوه يفيد ذلك، وإن كان ظاهر المشهور أنهم لا يقولون بالضمان.

ففرق الجواهر بين المسجد وغيره بقوله: (إن ما كان ملكاً للمسلمين أجمع كالطرق ونحوها، لا بأس بالقول بالضمان عيناً ومنفعةً، بل المسجد الموقوف لا المخلوق مَشعراً كذلك أيضاً إن قلنا بكونه ملكاً للمسلمين عيناً ومنفعةً، وإن كان هو لا يخلو من نظر، لقوة احتمال كونه كالتحرير في الخروج عن المالية)، غير ظاهر الوجه.

ثم إنا قد ذكرنا في كتاب الرهن أن المالك إذا استولى على المرهون عدواناً كان ضامناً له بالمثل أو القيمة، فيكون البدل أيضاً رهناً، وهذا هو الذي ذكره المسالك والجواهر وغيرهما، وإن كان حق المرتهن لا يسمى مالاً بل نزل منزلته.

وكيف كان، فلا يشترط في الغصب أن يكون مال الغير، بل لا فرق في ذلك بين أن يكون مال الغير أو حق الغير، سواء حق المنفعة أو حق الانتفاع، على ما فرق المشهور بينهما، ففي مثل الإجارات حق المنفعة، بينما في مثل الجلوس في المسجد حق الانتفاع.

أما إذا استولى الضيف على طعام الضيف الآخر الذي قدمه لهما المضيف، فإن كان ذلك على نحو الهبة للضيف، كان الضيف الغاصب غاصباً لحقّ الضيف الآخر وعليه بدله.

---

(١) الوسائل: ج٣ ص٥٤٢ الباب ٥٦ من أحكام المساجد ح١ و٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من كتاب الشهادات ح٥.

أما إذا كان على وجه الإباحة، واستولى الضيف عليه وأكله مثلاً، فإنه يكون ضامناً للمضيف لا للضيف.

والظاهر أنه يصح للحاكم الشرعي جعل الغرامة الزائدة على أصل العين والمنفعة على الغاصب، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومن باب السياسات الشرعية، وقد ورد مثل ذلك في حديث رواه الوسائل في جواز أكل المارة من الثمار، عن الكليني، بسنده إلى السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال النبي (صلى الله عليه وآله): «فيمن سرق الثمار في كمه: فما أكل منه فلا إثم عليه، وما حمل فيعزر ويغرم قيمته مرتين»[1].

وكذلك رواه الشيخ أيضاً.

وعليه فيصح أن تكون الغرامة لبيت المال، كما تصح أن تكون الغرامة للمالك حسب جعل الحاكم الشرعي الذي يرى ذلك سياسةً ونهياً عن المنكر.

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٤ الباب ٨ من أبواب بيع الثمار ح١.

(**مسألة ٤**): قال في الشرائع: (ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة على المغصوب، تخير المالك في إلزام أيهم شاء، أو إلزام الجميع بدلاً واحداً).

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل في مجمع البرهان دعواه.

أقول: ومقتضى ذلك أنه يتمكن من أخذه من كلهم على سبيل البدل، أو أخذ البعض المتساوي من جميعهم، مثلاً إذا كانوا أربعة أخذ من كل واحد منهم ربعه، وأخذه منهم على سبيل النسبة كأن يأخذ من أحدهم النصف ومن الآخر الربع وهكذا.

ولذا قال في المسالك: حيث يتخير المالك في إلزام أيهم شاء ببدل المغصوب عيناً وقيمةً، وفي إلزام الجميع بدلاً واحداً على التساوي أو الاختلاف، وإلزام أكثر من واحد وترك الباقي، لاشتراك الجميع في المقتضي بالضمان، وهو إثبات يده على مال الغير بغير إذنه.

ويدل عليه بالإضافة إلى الدليل المذكور في المسالك وغيره جملة من الآيات:

كقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1].

وقوله سبحانه: ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿والحرمات قصاص﴾[3].

وجملة من الروايات:

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

كقوله (عليه السلام): «كل مغصوب مردود»[1].

وقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت»[2].

وقوله (عليه السلام): «لا يتوى حق امرئ مسلم»[3].

وقوله (عليه السلام): «وإن فوتها المغتصب أعطى العوض»[4].

إلى غيرها، حيث لا أولوية لأن يكون أحدهم مسؤولاً دون الآخرين، واحتمال أولوية العالم دون الجاهل، والذاكر دون الناسي، والغار دون المغرور، ومن تلف في يده دون غيره، غير تام بعد كون الأدلة بالنسبة إلى الجميع واحداً من حيث الضمان، وإن كان الجاهل والمغرور والناسي فرضاً غير آثمين، إذ لا منافاة بين الأمرين، كما أنه لا فرق في صورة تعاقب أيديهم بين كون الضمان لأجل البيع الفاسد أو غيره.

ولذا قال في الجواهر: ظاهر عدم تقييد الأيدي بكونها غاصبة في النافع واللمعة يقتضي عدم الفرق في الضمان بين الجاهل والعالم، وإن افترقا في الإثم وعدمه، والغرور وعدمه، بل هو صريح المحكي عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية.

وحيث إن ظاهر (على) في قوله: «على اليد» أن الشيء في عهدة الآخذ، يصح في المغصوب منه أن يأخذ المغصوب من أيهم شاء، سواء كانت عينه موجودة أو مفقودة، فإذا كانت العين موجودة حق له أن يأخذها ممن بيده،

---

(١) الوسائل: ج٣ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح٤.

(٣) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح٥.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

كما حق له أن يأخذ بدلها ممن مرت العين في يده، إذ (على) شامل له، فلا يقال: إن العين حيث كانت موجودة لا حق له في أخذ بدلها، فإن (على) أقوى في الدلالة من دلالة دليل رد نفس العين ما كانت موجودة، سواء كان الذي بيده العين ممكن أخذها منه أو لا، كما إذا غصبها زيد ثم غصبها السلطان الجائر من زيد، حيث لا يتمكن المالك من استردادها من السلطان.

نعم إذا أخذ بدلها والعين موجودة، ثم تمكن من العين واستردها، وجب عليه رد البدل إلى من أخذ البدل منه، فالبدل بدل حيلولة، فلا حق له في الجمع بين البدل والمبدل.

أما إذا أخذ البدل من أحدهم، فهل يحق للذي العين في يده أن لا يرد العين على المأخوذ منه، وإنما يرد عليه بدل العين، الظاهر العدم، لأن ما أخذ المالك من الغاصب من البدل كان بدلاً عن العين، فاللازم إعطاء العين لمن أخذ المالك منه.

وإذا استرد المأخوذ منه العين، فهل يجب عليه إعطاؤه للمالك وأخذ بدله، الظاهر ذلك، لأن للمالك حقين، حقاً في المالية والقيمة، وحقاً في العين، فاستيفاء حقه في المالية لا يكفي من استيفاء حقه من العين.

كما أنه إذا أخذ المالك البدل من أحدهم، والعين موجودة في يد غيره، وجب على ذلك الغير رد العين إلى المالك، للدليل المذكور، حيث إن العينية حق للمالك، فإذا رد العين إلى المالك رد المالك البدل إلى من أخذ منه البدل.

وبذلك ظهر أنه إن أراد أحدهما إعطاء العين، والآخر إعطاء البدل، لم يحق للمالك أخذ البدل، إذ ما دامت العين موجودة ومبذولة لا معنى لأخذ بدلها.

والظاهر أنه إذا أراد أحدهم إعطاء البدل في هذا اليوم، والذي بيده العين إعطاءها بعد شهر، حق له أخذ البدل في هذا اليوم إلى تحصيل العين بعد شهر، لأن بدل الحيلولة كما يقع بدلاً عن العين إلى الآخر، يقع بدلاً عن العين في بعض الأزمنة.

كما إذا ألقى متاع غيره في البحر، ويخرج المتاع بعد شهر، فإنه يحق له أخذ بدل الحيلولة منه في هذه المدة، حيث إن حرمانه عن العين والمنفعة يوجب حقه في تدارك المنفعة إلى تحصيل العين، وذلك مستفاد من قوله: «على اليد ما أخذت» فإن (ما) عبارة عن العين في زمان الإمكان، والبدل في زمان عدم الإمكان كما يستفيده العرف منه.

لكن لا يبعد أن يكون لمعطي البدل الحق في توزيع الأجرة ونحوها على جميع الغاصبين، مثلاً إذا كانت إجارة البدل في مدة شهر عشرة، وكان الغصاب خمسة، حق له أن يأخذ ثمانية من الغصاب الأربعة الباقية، إذ لا وجه في تحمله كل ضرر الغصب.

أما قرار ضمان الأجرة كلاً فالظاهر أنه على الذي بيده العين، سواء تمكن من ردها أو لم يتمكن في ذلك الشهر، لأن الدليل الذي ذكروه في قرار الضمان وسيأتي الكلام فيه يأتي هنا أيضاً.

نعم لو تعاقبت الأيدي على العين واليد الأخيرة ألقتها في البحر، فإن الأجرة بين مدة الغصب ووقت إلقائها في البحر على من كانت العين بيده في تلك المدة، إذ المنفعة فاتت في أيديهم فرضاً لا في يد واحد منهم، مثلاً كانت العين في ظرف سنة عند كل غاصب من الغصاب الستة شهرين، فإنه لا حق لأن

يجعل كل الأجرة على الأخير الذي تلفت العين في يده.

ثم إن تصور اشتغال الذمم على سبيل البدل لما كان شبيهاً بالواجب الكفائي المذكور في موضعه، وكان أمراً اعتبارياً، والأمور الاعتبارية خفيف المؤنة، لا حاجة إلى تحقيق حققه المحقق الرشتي في الموضع، وإن كان لا بأس به في نفسه، من جهة كونه تشريحاً للأمر العرفي الاعتباري المذكور.

وكيف كان، فقد ذكر الجواهر تبعاً لغيره: (إن قرار الضمان على من تلف المغصوب في يده منهم، بمعنى أنه لو رجع المالك على غيره رجع هو عليه، مع فرض عدم زيادة في العين يختص الأول بضمانها بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فإنه لا رجوع له على غيره، لأن ذمته المشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده، وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا دليل على شغل الذمم المتعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو) انتهى.

وإن كان فيه أولاً: إنه لا يختص ذلك بتلف العين، بل إذا غصبها زيد ثم غصبها عمرو من زيد وكانت العين باقية، كان للمالك الرجوع إلى زيد، لما تقدم من عموم الأدلة له وإن كانت العين موجودة.

وثانياً: إن الظاهر اشتغال ذمم متعددة بالمال الواحد كاشتغالها بالواجب الواحد في الواجب الكفائي، فإن الأمور الاعتبارية خفيفة المؤنة، فلا وجه للقول بعدم اشتغال ذمم متعددة بعد أن يرى العرف ذلك، ويستفيده من ظاهر الأدلة المتقدمة.

وحيث قد عرفت عدم الفرق في الرجوع بين الجاهل والعالم والمغرور والغار، فتردد المقدس الأردبيلي أو ميله إلى عدم الرجوع على الجاهل المغرور الذي لم يعلم اندارجه في قوله (صلى الله عليه وآله) في خبر سمرة بن جندب: «على اليد»[1] الذي لم تثبت صحته ولا تواتره بعد معلومية عدم كونه غاصباً، وإلاّ لكان آثماً غير ظاهر الوجه.

إذ أولاً: الدليل غير منحصر في (على اليد) كما عرفت سابقاً.

وثانياً: (على اليد) معمول به قديماً وحديثاً، بل الإجماع قائم على العمل به في مختلف الأبواب المتفرقة، فالسند حتى إذا كان ضعيفاً لا يضر بعد عمل المشهور، بل المجمع عليه به.

وثالثاً: قد عرفت أنه لا تلازم بين الغصب والإثم، فيتحقق الغصب أحياناً وإن لم يتحقق الإثم.

ورابعاً: ظاهر (المغرور يرجع إلى من غر)، أن المغرور مرجوع إليه، وإنما هو يرجع إلى من غره، لا أنه لا يرجع إليه، كما هو ظاهر المقدس المذكور (رحمه الله).

وخامساً: حديث (على اليد) مروي في كتبنا الفقهية من زمان شيخ الطائفة إلى هذا اليوم، غير مسند إلى سمرة، كما أنه مروي أيضاً في جملة من كتب الروايات ككتاب الغوالي وتفسير أبي الفتوح وغيرهما.

نعم لا توجد هذه الرواية في مثل الكافي والتهذيب والاستبصار والفقيه ونحوها، وذلك لا يضر ولا يوجب إسناده إلى أحاديث العامة فقط.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح١٢.

وسادساً: إن مثل قوله (عليه السلام): «الغصب كله مردود»[1]، كاف في الاستناد، وإن أشكل على حديث «على اليد»[2].

(۱) الوسائل: ج٦ ص٣٩٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

(۲) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح٤.

(مسألة ٥): قال في الشرائع: (والحر لا يضمن بالغصب، ولو كان صغيراً).

وفي الجواهر: (لا عيناً ولا منفعةً، بلا خلاف محقق أجده فيه على معنى كونه كغصب المال الموجب للضمان، وإن مات حتف أنفه، بل ولا إشكال ضرورة عدم كونه مالاً حتى يتحقق فيه الضمان) انتهى.

وفي القواعد مثل الشرائع.

وعن مجمع البرهان أنه قال: (الظاهر أنه لا خلاف في أن الحر لا يُضمن بوضع اليد والغصب، لأنه ليس بمال فلا يدخل تحت يد المتصرف، فإن إثبات اليد والتصرف إنما يقال في الأموال، ولا فرق في ذلك بين كونه صغيراً وكبيراً، مميزاً قادراً على الدفع عن نفسه وغيره، مجنوناً أو عاقلاً، تلف بموت أو بشيء ليس للقبض فيه مدخل) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة بعد نقله العبارة المتقدمة: (وهو كذلك إلاّ ما يظهر من المفاتيح حيث قال: قيل إن الحر لا يضمن) إلى آخره.

ولعله يظهر من النافع حيث ساوى بين الموت بسبب وبغير سبب، قال: ولو كان لا بسببه كالموت ولدغ الحية، فقولان.

وفي المهذب البارع والمختصر: إن الأصحاب على خلافه.

واعتذر عنه في التنقيح بأنه مسامحة.

ولا تصغ إلى ما في الكفاية من أن عدم ضمان الحر بالغصب هو المشهور، ولعله لعدم تعرض القدماء له، وإلاّ فلا نجد مخالفاً، لأنها قد طفحت عبارات المتأخرين بأن الحر لا يُضمن بالغصب.

لا يقال: يشمله دليل (على اليد) و(الغصب

مردود) ونحوهما، كما يؤيده ماورد في[كتاب الديات] من ضمان من أخرج إنساناً من بيته فلم يرجع، لأنه يقال ظاهر حتى تؤدي في ذيل الحديث الأول أنه في المال ونحوه، فلا يشمل مثل ارجاع الحر أو اعطاء ديته فإنه لايصدق عليه الاداء.

ولذا قال المحقق الرشتي: (قوله «حتى تؤدي» قرينة على تخصيص الموصول، ولا يمكن جعل عمومه قرينة على التوسع والمسامحة في معنى اليد الأول، وجه القرينة عدم صدق الأداء على دفع دية الحر، لأن دفع القيمة أو المثل في الماليات دفع بالعين المغصوبة عرفاً، ضرورة قيام العوض في الماليات مقام المعوض في جل الفوائد المقصودة عند العقلاء لو لم يكن في كلها، بخلاف الدية فإنها ليست عوضاً لنفس لا حقيقة ولا حكماً، وإنما هي حكم شرعي شبه الجريمة)، إلى آخر ما ذكره.

كما أن قوله (عليه السلام): «الغصب كله مردود»[1]، لا يمكن التمسك به بعد قرينية صدره بإرادة غير ذلك، لأن الحديث كما تقدم في باب الغنيمة وأن صوافي الملوك للإمام (عليه السلام) إلاّ إذا كان مغصوباً، فلا ربط له بالحر.

أما حديث رد الإنسان المأخوذ بليل، مما رواه عبد الله بن ميمون، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا دعي الرجل أخاه بليل فهو له ضامن حتى يرجع إلى بيته»[2]، فلا ربط له بالمقام، إذ ليس ذلك في مسألة الغصب، وإنما هو حكم شرعي تعبدي ثبت بالنص المؤيد بالشهرة، حيث لولاهما كان الأصل

(١) الوسائل: ج٦ ص٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٢٨٦ الباب ٣٦ من أبواب موجبات الضمان ح١.

عدم الضمان كما هو واضح، فلا يمكن أن يستدل به للمقام.

ثم إنه لو أصاب الصغير غرق أو حرق أو موت في يد الغاصب من غير تسبيبه لم يضمنه، وقال الشيخ في كتاب الجراح: (يضمنه الغاصب إذا كان صغيراً فتلف بسبب، كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط). كذا في الشرائع.

وفي القواعد: (لو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأي).

وعلق عليه في مفتاح الكرامة بقوله: (قوي كما في الخلاف والدروس، وفيه قوة كما في المختلف، وحسن كما في المقتصر، وهو خيرة المبسوط في باب الجراح والتبصرة وتعليق الإرشاد ومجمع البرهان.

وقد أفتى به جمع، كما في جامع المقاصد، وكأنه مال إليه فيه.

والمخالف الشيخ في غصب المبسوط، والمحقق في ظاهر الشرائع أو صريحها، والشهيد في ظاهر إطلاق اللمعة، وفي الإيضاح إنه أقوى.

وقد يظهر ذلك من موضع من التذكرة، وكأنه مال إليه في المسالك والكفاية، وفي الأول إنه الأشهر، وفي الثاني إنه المشهور، ولا ترجيح في النافع وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والتذكرة في موضع منها، وغاية المراد والتنقيح والمهذب البارع والروضة، والأول أقوى)[1] انتهى.

أقول: دليل القول بالضمان أمور:

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٧٦ ــ ٧٧ ط الحديثة.

الأول: صدق (اليد) و(أن الغصب مردود) وما أشبه.

الثاني: ما رواه وهب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «من استعار عبداً مملو كاً لقوم فعيب فهو ضامن، ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن»[1].

الثالث: إنه بغصبه صار سبباً شرعاً لتلفه كحفر البئر، وكدعوة الإنسان إلى داره فعقره كلبه وما أشبه ذلك، قال في مفتاح الكرامة: إنه سبب لتلفه مع عدوانه، فهو أقوي من حافر البئر، لأن عروض المهلكات له كثيرة، بل قصد القتل بمثل ذلك ممكن متوقع، ولو كان في مكانه ما لدغته الحية، وليس هو قادراً على دفع المهلكات عن نفسه، وليس هناك مباشر أقوى من السبب.

الرابع: إن عدمه يقضي إلى الاحتيال في قتل الأطفال.

الخامس: الضمان في نقل المملوك الصغير والمجنون إلى المسبعة أو المضيعة، كما عن التذكرة.

السادس: المفهوم من رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رجلاً شرد له بعيران فأخذهما رجل فقرنهما في حبل فاختنق أحدهما ومات، فرفع ذلك إلى علي (عليه السلام) فلم يضمنه، وقال: إنما أراد الإصلاح»[2].

لكن كل ذلك فيه نظر.

إذ يرد على الأول ما تقدم، والحديث كما في الجواهر لا جابر له ولا عامل به، أما كونه سبباً لتلفه، فالكلام فيما لم يكن كذلك، فهو خروج عن موضوع

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٨ الباب ١ من أبواب كتاب العارية ح١١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٢٠٦ الباب ٣٥ من أبواب كتاب الديات ح١.

المسألة، وكونه منتهيا إلى قتل الأطفال مجرد اعتبار.

وما عن التذكرة غير ما نحن فيه، لأن ما في التذكرة ما كان سبباً، والكلام فيما إذا لم يكن سبباً، والرواية الأخيرة لا دلالة فيها على أن كل غير مصلح يكون ضامناً، بل تدل على أنه فيما إذا لم يكن إصلاح كان ضامناً لدليل (اليد) مثلاً، وإذا كان اصلاح لم يكن ضامناً، فلا كلي في المفهوم يشمل المقام، ولا يقول به أحد، فالأقرب عدم الضمان كما عرفت ممن تقدم أسماؤهم.

ولذا قال في الجواهر: (فالمتجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصير منه في حفظه بالإهمال ونحوه، وربما يحمل القول بالضمان على ما لو أهمل بحيث يكون سبباً في تلفه لكونه غير قابل لحفظ نفسه، بخلاف ما إذا لم يهمل فاتفق تلفه بأمر لا مدخل لإهماله فيه، وحينئذ يكون النزاع لفظياً، والظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين الصغير والمجنون، كما صرح به جماعة) انتهى.

أقول: وكذلك غيرهما ممن لا يملك أمره كالمعتوه ونحوه، لوحدة الملاك في الجميع، ومنه يعلم وجه النظر فيما عن جامع المقاصد والروضة من (أنه لو كان بالكبير خبل، أو بلغ رتبة الصغير لمرض أو كبر، ففي إلحاقه وجهان)، إذ قد عرفت أنه لا وجه لعدم الإلحاق حيث لا خصوصية للصغير، بل الخصوصية عدم قابليته للدفع عن نفسه، فكل من كان كذلك كان في حكمه.

ومنه يظهر أنه لو حبس الكبير في مكان، أو ذهب به إلى مكان لايتمكن من التخلص أو نحو ذلك، فتلف أو عطب منه شيء، كان السبب ضامناً، لعدم الفرق أيضاً.

ولذا حكي عن مجمع البرهان أن الظاهر عدم الفرق بين المجنون والصغير، وبين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه، ثم حصل في الحبس شيء أهلكه لظلمته وعدم قدرته على الفرار من أذيته، لأنه حينئذ كالطفل، فعلة الضمان فيه هي علة الضمان في الأولين.

ولذا اختار الضمان الجواهر أيضاً.

والحاصل أن الضمان ليس مطلقاً، بل فيما إذا كان تسبيب، والتسبيب إنما يوجب الضمان لما ذكر في كتاب الديات، من أنه يصدق عليه أنه قاتل أو ما أشبه، وحينئذ فيأتي في المقام كون القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأً، لوحدة الدليل في المقامين، كما أنه يأتي في المقام عدم الفرق بين كونه موجباً لهلاكه، أو موجباً لما يوجب القصاص أو الدية، لوحدة الدليل في الجميع.

وبذلك يظهر أن الحكم بالضمان لا يتبع العدوان، بل وإن لم يكن عدوان إذا كان سبباً، بل وإن كان محسناً بعمله، كما لو أنه أعطاه دواءً بقصد الإحسان فأماته فإنه ضامن، كما ذكروه في الطبيب.

وقد ذكرنا في كتاب الديات أنه ليس كل محسن غير ضامن، وإن كان ربما يقال بذلك لقوله سبحانه: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[1]، إلاّ أنه عام مخصص بالأدلة الثانوية، أو يراد به السبيل في العقاب والإثم.

ثم إنه ربما يتوهم صدق اليد باعتبار أن الأصحاب ذكروا في أنه لو ادعى أحد ملكية صغير تحت يده كان كذا، فإذا كان هناك يصدق اليد فهنا أيضاً يصدق، فيشمله على اليد.

---

(١) سورة التوبة: الآية ٩١.

وفيه: ما ذكره المحقق الرشتي من أن اليد قسمان، صورية وواقعية، والأولى عبارة عن مجرد التصرف الحسي، والثاني عبارة عنه مع السلطنة الواقعية التامة، وموضوع الحكم في سبب الضمان هو الثاني، وموضوع الحكم في الحكم بدلالته على الملكية هو الأول، فلا منافاة، وهو كما ذكره (رحمه الله).

ثم إنه لو شك في أنه هل كان سبباً أم لا، فإذا لم يكن ظهور عرفي في أحد الأمرين، فالمرجع أصالة العدم، أما إذا كان ظهور عرفي فهو المرجع، لصدق القتل ونحوه عرفاً، مما كان مستنداً إلى الضمان في السبب.

ولو فقد الطفل لا بالقتل، فقال الولي: إن الذي ذهب به هو السبب، وأنكر الذاهب به، فالظاهر أنه من باب الدعوى، كما أنه لو جرح الطفل فادعى الطفل أن فلاناً جرحه، فقد ذكرنا في كتاب القضاء أن قول المشهور: لا يسمع دعوى الطفل، لا دليل عليه، بل مقتضى القاعدة سماع دعواه أيضاً.

كما إذا ادعى أن فلاناً فعل به فعلاً حراماً، أو قطع يده أو ما أشبه، فعلى الحاكم أن يحقق في الموضوع حسب موازين الدعوى، وربما يؤيده الحديث في الغلمان الذي غرق أحدهم في الفرات، كما ذكرناه في باب الديات، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٦): لو استخدم الحر فعليه الأجرة، بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، لأن منفعته متقومة حينئذ، فهو كمن أخذ مال غيره، ولو لأن منفعته المزبورة تقابل بالمال، كذا في الجواهر.

وقد نقله في مفتاح الكرامة في شرح مثل عبارة الشرائع من القواعد، قال: كما في النافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان واللمعة والروضة.

وفي مجمع البرهان: لعله ممّا ليس فيه خلاف.

وفي الرياض: إنه لا خلاف فيه.

قال في الشرائع: (ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به).

وقال في الجواهر: فضلاً عن غير الصانع بلا خلاف أجده فيه.

وفي مفتاح الكرامة نقله عن النافع والتحرير والإرشاد والتبصرة والمهذب البارع والمسالك والروضة.

وعن الكفاية إنه مقطوع به في كلام الأصحاب.

لكن عن التذكرة إنه قال: هو الأقوى، وقال: لا تعرض للعلامة في غيرها فيما أجد.

لكن عن المقدس الأردبيلي وأستاذه: الضمان فيما كان الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس.

وعن الرياض نقله عن خاله العلامة في بعض حواشيه قائلاً: إن ثبت إجماع على ما ذكره الأصحاب، وإلاّ فالأمر كما ذكره الشارح، ومال إليه في الرياض، حيث يكون الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس.

واستدل المشهور لعدم الضمان، بأن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له، فأشبهت ثيابه إذا تلفت عليه، وأشبهت أطرافه إذا تلفت، وبأن المغصوب ليس ما لا تتبعه منافعه، ولذا فلا ضمان.

والظاهر الضمان، كما ذكره غير المشهور، لآية ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1]، وآية ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[2]، وقوله سبحانه: ﴿فمن عاقب بمثل ماعوقب به﴾[3].

وللروايات المتقدمة مثل: «لا يتوى حق امرئ مسلم»، و«الغصب مردود»، و«فوّتها»[4]، فإنه لا شك أنه يصدق على هذا الإنسان الحابس أنه غصب هذا الحر وفّوت منافعه، ولدليل «لا ضرر»، وقد تقدم وجه الاستدلال به، وبأنه سبب للفوت.

وبذلك يظهر وجه النظر في استدلال المحقق الرشتي لعدم الضمان بعدم الموجب له، (إذ المفروض أن المنافع لم تتحصل في الخارج حتى يتصور فيه الاستيفاء الذي هو بمنزلة الإتلاف في الأعيان، وأسباب ضمان المنافع منحصرة في الإتلاف، لعدم تصور اليد الموجب للضمان عليها، مع أن اليد على المنفعة لو قلنا به فإنما نقول إذا كان اليد على العين أصالةً وعليها تبعاً) إلى قوله:

(وقد تلخص مما ذكر أن المنافع غير المستوفاة يصح سلب المالية عنها شرعاً وعرفاً، إلاّ في مقام فرض وجودها الخارجي في مقام النقل والانتقال

---

(١) سوره البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٣) سورة الحج: الآية ٦٠.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

من غير فرق فيه بين منافع الأحرار والعبيد والأملاك، وأنه على تقدير تسليم كونها مالاً لا يدخل تحت اليد أصلاً حتى في منافع الأملاك، وإنما الداخل فيها نفس العين، وأما ضمانها فمستند إلى قاعدة اليد)[١]، إلى آخر كلامه.

إذ قد عرفت أن الدليل ليس منحصراً في قاعدة اليد، وأنه منقوض بمنافع الأملاك، مع أنهم يقولون بضمانها مع عدم استيفائها، فأي فرق بين الأمرين، والشاهد لصدق الضرر عليه العرف فإنهم يقولون أضرّ به، فيشمله دليل «لا ضرر» بالتقريب الذي ذكروه في خياري العيب والغبن، كما تقدم في بعض المسائل السابقة.

أما قول الجواهر في رد الأدلة المتقدمة: (بأن التسبيب الذي ذكر إنما يقتضي الضمان إذا تعلق بتلف الأموال، ومنفعة الحر معدومة فلا يتصور التسبيب لتلفها، كما أن قاعدة نفي الضرر والضرار وغيرها مما ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لأثبت فقهاً جديداً، ضرورة اقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله وغير ذلك، مما عرفت عدم القول به من العامة الذين مبنى فقههم على القياس والاستحسان، فضلاً عن الإمامية الذين مبنى فقههم على القواعد المقررة الثابتة عن أهل بيت العصمة عليهم السلام)[٢] انتهى.

ففيه نظر واضح، إذ لم يكن مبنى ذلك الاستحسان والقياس، وإنما عموم الأدلة كما عرفت، وقوله: (أثبت فقهاً جديداً) غير ظاهر الوجه، إذ المنع عن العمل والانتفاع نقول بالضمان فيهما أيضاً بعد شمول الأدلة لهما، وهل الحبس إلاّ مصداق من مصاديق منع العمل، وهل المنع عن الانتفاع إلاّ مصداق من

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤١.

مصاديق تفويت الانتفاع، اللهم إلاّ في مقام لا تصدق تلك الآيات والروايات مثل: «لا يتوى»[1]، و«لاضرر»[2]، وما أشبه.

وقد روى الوسائل في باب ثبوت الولاية للأب والجد رواية عن أبي جعفر (عليه الصلاة والسلام)، وفيها هذه القاعدة الكلية: «ولا تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم»[3]، ومعلوم أن العرف يقولون إنه أبطل حقه، نعم لو كان عاطلاً أو كان صانعاً لكنه لا يريد العمل، فإن ذلك لا يوجب الضمان، إذ لم يبطل حقه و لم يضره و لم يكن سبباً لتفويت المنفعة، إلى غير ذلك.

كما ألمعنا إلى ذلك في بعض المسائل السابقة.

ومنه يعلم أن الضمان إنما هو بقدر عمله إذا كان يعمل، فلو كان له عملان خياطة وحمالة، والخياطة أجرها دينار، والحمالة نصف دينار، فأراد الأولى ضمن الدينار، وإن أراد الثاني ضمن نصف دينار، ولو لم يعلم أنه لو كان يطلق سراحه يعمل أيهما فمن المحتمل أنه يضمن ثلاثة أرباع الدينار لقاعدة العدل، كما أن من المحتمل ضمان الأقل للأصل، والقرعة لقاعدة أنها لكل أمر مشكل[4].

لكنا قد ذكرنا أن في الماليات لا تجري القرعة، وأن الأصل أيضاً محكوم بقاعدة العدل، لأنه أصيل حيث لا دليل، فمقتضى القاعدة أنه يضمن في مثل المثال ثلاثة أرباع الدينار وهكذا.

أما إذا كان الحبس مشروعاً، فعمله هدر

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب الشهادات ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ و٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٣ و٥.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٢٠٩ الباب ٦ من أولياء العقد ح٩.

(٤) الوسائل: ج١٨ ص١٨٩ الباب ٣ ح١١.

لوضوح أن لازم الحبس ذلك، وقد شرعه الشارع فرضاً، نعم إذا لم يناف الحبس عمله، ومنع من ذلك كان المانع ضامناً، كما إذا حبسه العادل ولما أراد في الحبس الصنعة منعه أحد المحبوسين أو الشرطة مثلاً بدون أمر الحاكم فإنه يكون ضامناً.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في تعليل الشرائع حكمه المتقدم بعدم الضمان بقوله: (لأن منافعه في قبضته)، ومراده أن المنافع كالثياب باقية على أصالة عدم الضمان، إذ كون منافعه في قبضته لا يوجب عدم صدق (الضرر) و(بطلان الحق) و(التسبيب) و(لا يتوى) و(فوّتها)[1] وما أشبه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر أيضاً في قول الشرائع حيث قال: (ولو استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله فيه تردد، والأقرب أن الأجرة لا تستقر بمثل ما قلناه).

وعلل تردد الشرائع ثم استقرابه عدم استقرار الأجرة المسالك بقوله: (ومنشؤه من أن منافع الحر لا يضمن إلاّ بالتفويت، لعدم دخول الحر تحت اليد، إذ ليس مالاً، و لم يحصل التفويت، ولأصالة بقاء العمل في ذمته، ومن وجود الأجرة بنفس العقد على المنفعة التي كان مالكها سبباً في ضياعها واعتقاله فيستقر في ذمته، كما لو قدرها بزمان وحبسه حتى انقضى ذلك الزمان، فإنه لا إشكال في استقرار الأجرة فليكن هنا كذلك، والمصنف قرب عدم الاستقرار لما تقدم، والفرق بين العمل المطلق وبين المقدر بالزمان، أن المطلق لا يختص بهذه المدة التي حبسه فيها وإن أمكن استيفاؤه فيها، وإنما هو ثابت في الذمة، وزمانه أمر كلي غير مشخص بوقت، والأصل بقاؤه في الذمة إلاّ أن يستوفي،

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

ومنافع تلك المدة غير داخلة تحت يد الغاصب ولا مملكوكة له حتى يقال إنه تسلمها، لعدم دخول منفعة الحر تحت اليد، بخلاف الزمان المعين، فإن منفعته تفوت بفواته متسلماً له، وهذا أقوى) انتهى.

وفيه ما تقدم، ولذا كان المحكي عن إجارة التذكرة والمسالك الضمان، وهو الذي قواه الأردبيلي (قدس سره)، والفرق الذي ذكره المسالك هنا غير فارق بعد أن قد بذل هذا عوضه فيلزم الآخر العوض الآخر، كما في نفقة الزوجة والمهر، فإنها تجب لها النفقة إذ أمكنت من نفسها وإن لم يستنفع الرجل بها، كما يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلمت المهر.

وقد ذكرنا في كتاب الإجارة من شرح العروة، أنه يضمن الأجرة لو استأجره لقلع ضرسه فبرئ بعد أن مضت مدة يمكنه القلع فيها باذلاً الأجير نفسه، وإنما التأخير كان من جانب المستأجر، وبمثل ذلك قال في مفتاح الكرامة وغيره، كما لا يخفى لمن راجع الشراح.

وفي القواعد تردد في المسألة قائلاً: (لو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأجرة نظر).

وعدم الترجيح محكي أيضاً عن التذكرة والإرشاد وغاية المراد وغيرهم.

بل قال في مفتاح الكرامة: إن المنفعة إما موجودة أو في حكم الموجودة، وكلاهما يسبب تفويتهما الضمان، والقول بأن المنافع معدومة إنما هو للعامة، كما حكاه عنهم في التذكرة وأطال في الرد عليهم.

وقال في جامع المقاصد: (ووجه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه بأن المنافع ملكها المستأجر وتلفها مستند إلى فعله) انتهى.

والحكم أوضح فيما لو استأجر دابة فحبسها بقدر الانتفاع، فإنه يضمن الأجرة كما قررا، وكذلك إذا بذلت له الدابة فتسلمها و لم يستوف، أو بذلت له الدابة فلم يتسلمها، لوضوح أن منفعتها حينئذ مضمونة عليه بمثل ماقررا، لا أجرة المثل التي هي بدل ما يفوت من المنفعة، كما ذكره الجواهر وغيره.

بل فيه الإجماع بقسميه على قيام تسليم العين المملوكة مقام تسلم المنفعة المستحقة بعقد الإجارة.

ومنه يعلم أنه لو استأجر الدابة فأمرضها المستأجر فإن مالكها يستحق الأجرة، ولو لم تتمكن الداية من العمل بما استأجرها له، لأن المستأجر بنفسه فوت المنفعة على نفسه.

وكذا الحال لو استأجر الدابة وكان اللازم أن صاحب الدابة يأتي بها إليه، فأخذ المستأجر صاحبها وحسبه أو قتله أو ما أشبه بما لم يتمكن من تسليم الدابة، حيث إنه ضامن للأجرة، لأنه هو الذي فوته على نفسه، كما ذكر في مثله.

وكذلك ما ذكره في مفتاح الكرامة قائلاً: (قضية كلامهم ما صرح التحرير أنه لو حبسها من دون إجارة ضمن، كما أنهم قالوا في باب الإجارة: إنه لو بذل له العين الموجرة فلم يأخذها حتى انقضت المدة، استقر الأجر عليه إن كانت الإجارة صحيحة) انتهى.

ولا فرق في ما ذكر بين الإجارة والهبة المعوضة والصلح والشرط في ضمن عقد لازم وما أشبه، لأن الملاك في الكل واحد، كما أن الملاك في الدابة والسيارة والدار والدكان والحمام والبستان والقطار والباخرة وغيرها أيضاً واحد، فالحكم سار في الجميع.

ولو لم يعلم هل أن الدابة كانت مؤجرة فحبسها أو لم تكن، وكان هناك فرق بين أجرة المثل، وأجرة المسمى المحتملة، كان

الأصل أجرة المثل لأصالة عدم الإجارة، فاحتمال أجرة المسمى التابع لاحتمال الإجارة منفي بالأصل.

ومنه يعلم أنه لو ادعى أحدهما الأجرة للإجارة، وادعى الآخر عدمها، فلا يكون ما يدعي ذلك من المسمى، قدم قول من يدعي عدم الإجارة، لأن الأصل معه.

(مسألة ٧): قال في الشرائع: (ولا يضمن الخمر إذا غصبت من مسلم).

وقال في مفتاح الكرامة: (إذا كانا مسلمين[1] لا ضمان عليه إجماعاً، كما في التذكرة، وبلا خلاف أي بين المسلمين كما في الخلاف. وما في المختلف من أنه الأشهر، وفي المسالك من أنه المشهور، إنما هو لمكان خلاف أبي علي، قال: إنه يضمن الخمر المغصوبة بمثلها خلاً وأطلق، وقد فهم منه أنه أمسكها للتخليل، ولابد أن يكون أراد ذلك، وقد انعقدت إجماعاتهم وشهراتهم على ذلك، وهي بإطلاقاتها تشمل ما إذا كان قد اتخذها للتخليل أو لغيره، بل صرح الشهيدان والمحقق الثاني بأنه لا يضمن إذا كان قد اتخذها للتخليل وإنما يأثم. وفي المسالك إنه المشهور، وقال أيضاً: إنه يعزر)[2] انتهى.

ومقتضى الصناعة أن الخمر المحترمة لا تخرج بالخمرية عن الملك، ويكون غصبها حراماً، وعلى متلفها الضمان، ولذا كان المحكي عن المقدس الأردبيلي التأمل في أصل الخروج عن الملكية بذلك، وفي عدم ضمانها بالمثل أو بالخل. وعن ظاهر المفاتيح أو صريحها ضمان المتلف لها.

وقال في مفتاح الكرامة: (إنه يجب عليه ردها مع بقاء عينها، ولو تخللت ردها خلاً، لأن الملك وإن زال إلاّ أن توابعه باقية وهي الأولوية، ولهذا لا يجوز غصبه كما تقدم ذلك في باب الرهن).

أقول: ومنه يعلم أن ذهاب المشهور إلى خروجها عن الملك وحلية غصبها وعدم ضمان إراقتها غير ظاهر الوجه، فقول الجواهر: (كظهور النصوص والفتاوى

(١) في مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٨٦ ط الحديثة: فالأقسام أربعة، الأول: أن يكونا مسلمين إلخ.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٨٧.

في عدم ملكية المسلم للخمر مطلقاً، وإن كان المتخذ للتخليل منها محترماً بمعنى الإثم في غصبه ووجوب رد عينها إن انقلبت خلاً عند الغاصب)[1] انتهى.

غير ظاهر، حيث قد عرفت اختلاف الفتاوى، وإن ذهب المشهور إلى ما ذكره.

والروايات أيضاً دليل على ما ذكرناه، فعن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: في الرجل إذا باع عصيراً فحبسه السلطان حتى صار خمراً فجعله صاحبه خلاً، فقال: «إذا تحول عن اسم الخمر فلا بأس به»[2].

وعن جميل، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يكون على الرجل الدراهم فيعطيني بها خمراً، فقال: «خذها ثم أفسدها»، قال علي: واجعلها خلاً[3].

وعن جامع البزنطي، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن الخمر تعالج بالملح وغيره لتحول خلاً، قال: «لا بأس بمعالجتها»، قلت: فإني عالجتها وطينت رأسها، ثم كشفت عنها فنظرت إليها قبل الوقت فوجدتها خمراً، أيحل لي إمساكها، قال: «لا بأس بذلك، إنما إرادتك أن يتحول الخمر خلاً، وليس إرادتك الفساد»[4].

فإن ظاهر هذه الروايات خصوصاً الأخيرة، الفرق بين الخمر المعدة للفساد، والخمر التي ليست كذلك.

ومنه يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي من (أن أثر الضمان يظهر مع بقاء العين خاصة، وهو وجوب ردها إلى المأخوذ منه، وأما مع التلف فلا شيء على الغاصب، لاستحالة دفع العين وهو واضح، ودفع بدلها القائم مقام

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٢٩٧ الباب ٣١ من أبواب الأشربة المحرمة ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٢٩٧ الباب ٣١ من أبواب الأشربة المحرمة ح٦.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٢٩٨ الباب ٣١ من أبواب الأشربة المحرمة ح١١.

دفعها لعدم بدل لغير الأموال، حتى أنه لو كان المغصوب من الأملاك المثلية فضلاً عن غير الأملاك أمكن منع الضمان بعد التلف. فمن غصب حبة من الحنطة وجب عليه رد عينها، فإذا تلف لم يجب عليه شيء، أما القيمة فلأنها لا قيمة لها، وأما المثل فلأن دفع المثل باعتبار كونه بدلاً، والبدلية لم تثبت شرعاً ولا عرفاً في المثلي غير المتمول. ولذا لا يجوز أن يكون عوضاً في العقود العوضية، سواء كان في مقابل مال أو ملك آخر)، إلى آخر كلامه.

فإن عدم الضمان ينافي الاحترام، وإطلاق أدلة عدم مالية الخمر لا يشمل الخمر المحترمة كما عرفت، أما قوله في حبة الحنطة، فهو أيضاً غير ظاهر الوجه، فكيف يمكن القول بأنه لو غصب إنسان حبة وغصب آخر حبة وهكذا حتى غصب عشرة آلاف شيئاً كبيراً من حنطة إنسان، إنهم لا يكونون ضامنين له بعد تلفهم لها.

وكيف كان، فإذا غصب المسلم من المسلم الخمر غير المحترمة، أو غصب الكافر من المسلم كذلك لم يكن ضمان، ولم يكن غصب بالمعنى الشرعي، وإن كان ربما يطلق عليه الغصب بالاعتبار العرفي أو اللغوي، بل الظاهر الإجماع في المسألة السابقة وهذه المسألة بالنسبة إلى الخمر غير المحترمة، وعن الخلاف في المسألة الثانية نفي الخلاف.

أما المسألتان الأخريان في غصب الخمر، فقد قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وتضمن إذا غصبت من الذمي متستراً، ولو كان الذي غصبها منه المسلم، بإجماع الفرقة وأخبارها في محكي الخلاف، بل قيل إن الإجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة) انتهى.

ثم إن تقييد الشرائع وغيره بالتستر يعطي أن المتظاهر إذا غصبت منه

لا ضمان على الغاصب، وإن كان الغاصب كافراً.

وفي الجواهر: أما المتظاهر فلا ضمان وإن كان الغاصب كافراً قولاً واحداً.

أقول: السبب أن من شرائط الذمة التستر، فإذا لم يتستر فقد خرق شرط الذمة، وبذلك يذهب احترام ماله، والظاهر أنه أخذه من مفتاح الكرامة، حيث قال: (فإن كان متظاهراً بشربها والمعاملة عليها فلا ضمان، وكأنه لم يختلف فيه اثنان، لأن الشرع إنما ألزمنا إقرارهم عليه في الدار مع الإخفاء، وأما إن كان متستراً فعليه ضمانه بإجماع الفرقة وأخبارهم كما في الخلاف، والإجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة والعبارات في ذلك بين نصة وظاهرة) انتهى.

لكن لا يخفى عدم التلازم بين لزوم التستر وبين عدم الضمان لو كان متظاهراً، فلو أن ذمياً كان متظاهراً بشرب الخمر أو بالتعامل عليها، فغصبها ذمي آخر منه، كيف يقال بأن الغصب للغاصب يستفيد به، مع ورود أن الغصب مردود كما تقدم.

نعم إذا أراق الخمر لا إشكال في عدم الضمان، لأن هذه الخمرة ليست محترمة شرعاً، اللهم إلاّ أن يكون إجماع في المسألة.

وأبعد من ذلك إجازة الغصب لو كان يتعامل بها علناً، مثلاً كانت له خمر في الدار متستراً بها فباعها في السوق علناً، فهل يذهب احترام خمره بسبب هذا التعامل، والأدلة لا تشمل مثل ذلك، وأولى منه بالإشكال ما إذا باع خمراً كلياً ولم يكن عنده خمر، أو كان عنده خمر ولم يتعامل عليها بشخصها، وإنما تعامل كلياً، فهل يذهب احترام

خمره في الدار، أو هل أنه بعد المعاملة على الكلية فحصل على خمر في داره ذهب احترام خمره باعتبار أنه تعامل عليها علناً، فالمسألة بشقوقها محتاج إلى التأمل.

أما إذا كان الشرب أو التعامل علناً من باب المرض الذي يجوز ذلك حتى للمسلم، فإنه لا إشكال في احترام خمره، وأنه لا يغتصب منه، وكلام الفقهاء في غير هذا المورد.

والتنازع حولها والرجوع إلى الحاكم الإسلامي أو حكامهم لحل نزاعهم الظاهر أنه ليس من التظاهر الموجب لسلب الاحترام أوخرق الذمة، كما أنه لا يتحقق الخرق بشيء لم ينص عليه، فلا إطلاق لذهاب احترام المال، كما أن التزاع في الزوجة ونحوها لا يوجب ذلك.

نعم إذا كان من شرط الذمة الامتناع حتى من مثل ذلك وجب الامتناع، وإلاّ كان خرقاً للذمة، كما ورد مثله في بعض الروايات:

مثل ما رواه زرارة، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قبل الجزية من أهل الذمة على أن لايأكلوا الربا، ولايأكلوا لحم الختزير، ولاينكحوا الأخوات ولا بنات الأخ ولا بنات الأخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله، قال: وليست لهم اليوم ذمة»[1].

وعن فضل بن عثمان الأعور، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «ما من مولود يولد إلاّ على الفطرة، فأبواه اللذان يهوّدانه وينصّرانه ويمجّسانه، وإنما أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله) الذمة وقبل الجزية عن رؤوس أولئك بأعيانهم على أن لا يهوّدوا أولادهم

---

(١) الوسائل: ج١١ ص٩٥ الباب ٤٥ من جهاد العدوح ١.

ولا ينصروا، وأما أولاد أهل الذمة اليوم فلا ذمة لهم»[1].

إلى غيرهما من الروايات الدالة على أن اشتراط شرط خاص في الذمة نافذ، وإلاّ فليس الشرطان المذكوران في هاتين الروايتين شرط بقول مطلق، كما حقق ذلك في كتاب الجهاد.

ومما تقدم يظهر حال المخالف بالنسبة إلى الخمر المحترمة عنده، حيث إن غصبه منه سواء صدر من مسلم موافق أو من مخالف مثله أو من كافر، يوجب الرد والضمان، لقاعدة الإلزام[2]، فإن إقرارهم على مذهبهم معناه إقرارهم بجميع شؤونهم إلا ما خرج بالدليل، وليس ذلك مما خرج بالدليل.

ومن ذلك يعلم مجيء الأمور الأربعة هنا أيضاً.

من أن الغاصب والمغصوب منه إما مخالفان، أو أحدهما مخالف، أو كلاهما غير مخالف.

ثم إنه إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في الموضوع، بأن قال أحدهما: خمر، وقال الآخر: إنها ليست بخمر، أو في الحكم بأن رأى أحدهم الحلية، ورأى الآخر الحرمة، اجتهاداً أو تقليداً، فالمرجع في اختلاف الموضوع العرف، فإن عينه العرف خمراً ترتب عليها أحكامها، وإن عينه العرف غير خمر لم يكن له حكم الخمر وإنما كان له حكم سائر المغصوبات، لأن الموضوع يؤخذ من العرف، ولا دليل على حجية قول الآخذ أو المأخوذ منه في ذلك.

وأما إذا كان الاختلاف في الحكم، فالمرجع الحاكم الذي يرجعان إليه،

---

(١) الوسائل: ج١١ ص٩٦ الباب ٤٨ من جهاد العدوح ١.

(٢) الوسائل: ج١٥ ص٣٢١ ح٦.

وإن كان كلاهما فقيهاً جامعاً للشرائط، لما ذكروه في كتاب القضاء من أن الفقيهين أيضاً يجب أن يرجعا إلى فقيه ثالث في فصل التراع.

ومما تقدم يظهر مواقع النظر في كلام المحقق الرشتي حيث قال: (إن المالية من الأمور الإضافية، فقد يكون المغصوب مالاً عند الغاصب والمغصوب منه معاً، وقد يختلف الحال، فإن كان الأول فلا كلام فيه، وإن كان الثاني فإن كان مالاً عند الغاصب دون المغصوب منه، كما قد يختلف ذلك بسبب اختلاف الاجتهاد والتقليد في أسباب التملك، فالضمان الواقعي منوط بماليته في نظر الشارع كما لا يخفى، والضمان الظاهري منوط بنظر الحاكم لو تنازعا وترافعا إليه، إلاّ أنه يلزم المغصوب منه بإقراره واعترافه لو قيل بنفوذ الإقرار الناشئ عن الاشتباه في الموضوع والحكم. وإن انعكس بأن كان مالاً عند المغصوب منه دون الغاصب، فإن لم يكن محترماً عند الغاصب كالخترير المأخوذ من يد الحربي، فلا إشكال أيضاً في عدم الضمان لو كان الحق مع نظر الغاصب، وإن كان مع نظر المغصوب منه لم يضمن أيضاً، لأنه غير محترم وإن كان مالاً) انتهى.

ثم إن ما تقدم إنما هو حكم الذمي، أما إذا كان الكافر معاهداً أو محايداً فالظاهر أن التظاهر بها أيضاً لا يوجب عدم احترامها، لا في المقام ولا في سائر المقامات، مثلاً قبيله كافرة أو مدينه كافرة تعاهدت مع المسلمين، و لم يكن من شرط التعاهد التستر، فإن لهم في بلادهم ومحلاتهم التظاهر بالخمر

وغيره، فإذا غصبها منهم مسلم لم يحق له ذلك، وأمر بالمثل أو القيمة كما سيأتي.

وكذلك في المحايد ممن لا ذمة ولا عهد، وإنما حياد فقط، والمسلمون لا يتعدون عليهم وهم لا يتعدون على المسلمين، وقد ذكرنا بعض تفاصيل أحكام الأقسام الأربعة من الكفار في كتاب الجهاد وغيره، والله سبحانه العالم.

(**مسألة ٨**): قال في الشرائع: (يضمن الخمر بالقيمة عند المستحل لا بالمثل، ولو كان المتلف ذمياً على ذمي، وفي هذا تردد).

وقال في القواعد: (بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل، وإن أتلف الكافر على إشكال).

وفي مفتاح الكرامة: (إن كان متلف خمر الكافر المتستر مسلماً لزمته القيمة، بإجماع الفرقة وأخبارهم كما في الخلاف، وإجماعهم كما في المسالك، وعندنا كما في التذكرة، ولا بحث فيه كما في جامع المقاصد) انتهى.

واستدلوا لذلك باستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم وإن كانت مثلية، إذ أن الخمر لا يملكها المسلم فكيف تثبت في ذمته.

لكن ربما يقال: إن هذا الدليل أيضاً وارد بالنسبة إلى القيمة، فيقال: إن الخمر إذا لم تثبت في ذمة المسلم فلماذا تثبت قيمتها، اللهم إلاّ أن يقال: إن ثبوت المثل تعاط للخمر، بخلاف ثبوت القيمة، والتعاطي يستفاد من الأدلة حرمته بأية صورة كان إلاّ صورة الاضطرار، ولا اضطرار في المقام لإمكان القيمة.

وعليه ففتواهم مقتضى الصناعة.

ولو اختلفا في القيمة، فالمرجع أصالة عدم الزيادة.

ومنه يعلم الحال فيما إذا غصبها الكافر، حيث يجب عليه المثل، ثم أسلم، فإنه يتحول إلى القيمة.

وكذا حال العكس، بأن أسلم المغصوب منه، فإنه يجب على الغاصب الباقي كافراً إعطاء القيمة له، لأنه إنما صح إعطاء مثله له فيما إذا كانا كافرين، أما إذا أسلم المغصوب منه ولا يمكن إعطاء المثل له تحول إلى القيمة.

ثم إنه إذا كان المتلف كافراً، فعن الخلاف إنه يضمن بالقيمة عند مستحليها، بدليل أخبارنا وإجماع الفرقه، وعن التذكرة عندنا، وفي مفتاح الكرامة أنه خيرة المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف والتبصرة والإيضاح واللمعة والروضة والقاضي، ومال هو إلى المثل، لأنه قال: لا يلزم من الحكم باستحقاقها التظاهر بشربها والمعاملة عليها، لأن الذي عدّوه من نواقض العهد وتركه من شرط الذمة إظهار شرب الخمر في دار الإسلام، لا مطلق البحث عنها، فالمدار في عدم الحكم عليهم بالمثل على الإجماعات والأخبار المرسلة في الخلاف المعتضدة بالشهرة، وإلاّ فالمنافاة لشرع الإسلام لا يخلو من نظر.

أقول: ولعله لذلك تردد في الشرائع والقواعد، ولم يرجح في الدروس ومجمع البرهان، على ما حكي عن بعضهم، وقد ذكر وجه التردد أنها مال مملوك لهم وهو مثلي فيضمن بمثله، وأنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر، وإن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل للعارض فيجب الانتقال إلى القيمة، فهو مثل ما إذا تعذر المثل في المثلي.

وفصل في المسالك ومحكي جامع المقاصد لضمانه بالقيمة إذا ترافعوا إلينا، وإلاّ فالمثل، ومقتضى القاعدة أنهم إذا لم يراجعوا إلينا تركناهم وشأنهم من أخذ المثل أو القيمة، لأنا لا شأن لنا بذلك.

أما إذا ترافعوا إلينا، فهو محل الكلام، وهل أنا نحكم بالمثل أو بالقيمة، احتمالان، وحيث إن الحكم بالقيمة لا وجه له معتداً به إلاّ الشهرة المحققة والإجماع المحكي، فالقول بالمثل لا يخلو من وجه، وإن كان الاحتياط يقتضي موافقة المشهور.

وقد قوى الجواهر قول المشهور بقوله: (ولعل هذا أقوى، خصوصاً مع ملاحظة اشتراط التستر في احترامها، فمتى حكم لهم بها ظاهراً زال احترامها... والحكم باستحقاقها ظاهر في الإظهار، خصوصاً إذا انجر إلى الإظهار عند الامتناع من الأداء فحبس حتى يؤدي)[1].

أقول: ومن ذلك يعرف حال ما إذا غصب الخمر وهي باقية بعد، فهل يجب رد العين أو رد القيمة، لأن حاله حال رد الجمد الذي غصبه في الصيف رداً في الشتاء، لأن ملاك المسألتين واحد.

وبذلك ظهر أنه لا يمكن الاستدلال لوجوب رد المثل بالنسبة إلى المسلم الغاصب، أو الذمي الغاصب بأن الشارع قررهم على ما التزموابه بمفهوم الآية المباركة، حيث قال سبحانه: ﴿قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾[2]. وروايات الإلزام بما التزموابه[3]، بأنهم حيث يلتزمون بأنه مثلي فاللازم إعطاؤهم المثل، إذ قد عرفت أن الشارع لما حرم التظاهر، وذكر أن المسلم لا يتعلق بذمته خمر، فهم من ذلك الرجوع إلى القيمة.

ومما تقدم يعلم الكلام في غصب الخمر بالنسبة إلى ضمانه ورده عيناً أو قيمةً في المسلم والكافر، المتستر والمتظاهر، وغير ذلك مما تقدم.

والقيمة تعرف عند المستحل.

---

(١) انظر جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٥.

(٢) سورة التوبه: الآية ٢٩.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٤٨٥ الباب ٤ من ميراث الأخوة والأخوات ح٢.

ثم لعل الأمر في الخنزير أهون من حيث جواز جعل شعره حبلاً، وجلده للاستقاء، وشحمه للطلي وما أشبه ذلك، كما أشرنا إليه فيكتاب الرهن وغيره.

وفي رواية غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام) في حديث: «إن علياً (عليه السلام) ضمّن رجلاً أصاب خنزيراً لنصراني»[1].

ورواه الصدوق مرسلاً وزاد: (قيمته)[2] .

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢٧١ الباب ٢١ من موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٦ ص١٩٦ الباب ٢٦ من موجبات الضمان ح٢.

(**مسألة ٩**): قال في الشرائع: (وهنا أسباب أخر يجب معها الضمان:

الأول: مباشرة الإتلاف، سواء كان المتلَف عيناً كقتل الحيوان المملوك وتخريق الثوب، أو منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة، وإن لم يكن هناك غصب).

أقول: لا إشكال ولا خلاف على أن المباشرة تسبب الضمان وإن لم يسمّ بالغصب، كما إذا كسر آنية الناس أو قتل أو خرق أو ما أشبه.

وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، إن لم يكن ضرورياً، والسبب صدق الآيات والرويات.

مثل: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه﴾[1]، ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[2]، ﴿ومن عاقب بمثل ما عوقب﴾[3].

والروايات: مثل روايات القصاص، والديات، وروايات الضمانات، و(من أتلف مال الغير)، و(على اليد)، و(فوّهما)[4] وما أشبه، فإنه لا يستبعد شمول اليد بالمناط وإن لم يكن غصب، كما إذا أراق ماء غيره بدون أن يستولي عليه، وإنما كان في إناء في يد مالكه مثلاً، فإنه لا يسمى غصباً، لكنه إتلاف بالمباشرة باليد ونحو ذلك.

قال في الشرائع: (الثاني: التسبيب، وهو كل فعل يحصل التلف بسببه، كحفر البئر في غير الملك، وكطرح المعائر في المسالك).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده في أصل الضمان به، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه.

أقول: هنا أمران:

الأول: ما هو التسبيب.

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٦.

(٢) سروة الشورى: الآية ٤٠.

(٣) سورة الحج: الآية ٦٠.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

والثاني: ما هو الدليل على كون التسبيب سبباً للضمان في قبال الغصب، وفي قبال مباشرة الإتلاف.

أما الدليل على أن التسبيب يوجب الضمان، فهو روايات متواترة واردة في أبواب مختلفة، يستفاد منها هذا الكلي، بالإضافة إلى الإجماع المتقدم.

أما الروايات فهي:

خبر السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابة أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن»[1].

وصحيح الحلبي، عنه (عليه السلام)، سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر به الدابة بصاحبها فتعقره، فقال: «كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»[2].

وخبر أبي الصباح الكناني، عنه (عليه السلام) أيضاً: «من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن»[3].

وصحيح زرارة، عنه (عليه السلام)، قلت له: رجل حفر بئراً في غير ملكه، فمر عليها رجل فوقع فيها، فقال (عليه السلام): «عليه الضمان، لأن من حفر بئراً في غير ملكه كان عليه الضمان»[4].

وموثق سماعة، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحفر البئر في داره،

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٨١ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص١٨١ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٩ ص١٧٩ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح١.

أو في ملكه، فقال: «ما كان حفر في داره أو ملكه فليس عليه الضمان، وما حفر في الطريق أو غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها»[1].

ورواية الدعائم، عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام)، أنهما قالا: «من احتفر بئراً أو وضع شيئاً في طريق من طرق المسلمين في غير حقه فهو ضامن لما عطب فيه»[2].

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «من أوتف دابة في طريق أو سوق في غير حقه فهو ضامن لما أصابت بأي شيء أصابت»[3].

ورواية المقنع، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو وتد وتداً أو وثق دابة أو حفر بئراً في طريق المسلمين، فإن أصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»[4].

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سئل عن بختي اغتلم فخرج من الدار فقتل رجلاً، فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف، فقال (عليه السلام): «صاحب البختي ضامن للدية، ويقتص ثمن بختيه»[5].

وفي رواية عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): إن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «إذا صال الفحل أول مرة لم يضمن صاحبه، فإذا ثنى ضمن صاحبه»[6].

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٨٠ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢٦٩ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٣) المستدرك: ج٣ ص٢٦٩ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

(٤) المستدرك: ج٣ ص٢٦٩ الباب ١٠ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٥) الوسائل: ج١٩ ص١٨٧ الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٦) الوسائل: ج١٩ ص١٨٧ الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث، إنه سئل عن الرجل ينفر بالرجل فيعقره ويعقر دابته رجل آخر، فقال: «هو ضامن لما كان من شيء»[1].

وفي حديث، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل دخل دار رجل فوثب عليه كلب في الدار فعقره، فقال: «إن كان دعي فعلى أهل الدار أرش الخدش، وإن كان لم يدع فدخل فلا شيء عليهم»[2].

وعن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل دخل دار قوم بغير إذن فعقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم، وإن دخل بإذنهم ضمنوا»[3].

وعن عبيد الله الحلبي، عن رجل، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) علياً (عليه السلام) إلى اليمن، فأفلت فرس لرجل من أهل اليمن ومر يعدو، فمر برجل فنفحه برجله فقتله، فجاء أولياء المقتول إلى الرجل فأخذوه فرفعوه إلى علي (عليه السلام)، فأقام صاحب الفرس البينة عند علي (عليه السلام) أن فرسه أفلت من داره فنفح الرجل، فأبطل علي (عليه السلام) دم صاحبهم، فجاء أولياء المقتول من اليمن إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، فقالوا: يا رسول الله إن علياً (عليه السلام) ظلمنا، وأبطل دم صاحبنا، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): إن علياً (عليه السلام) ليس بظلام، و لم يخلق للظلم، إن الولاية لعلي من بعدي، والحكم حكمه، والقول قوله، لا يرد حكمه وقوله وولايته إلاّ كافر»[4].

وعن أبي عبيدة، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال في رجل تزوج امرأة من

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٨٨ الباب ١٥ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٨٩ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص١٩٠ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٩ ص١٩٢ الباب ٢٠ من أبواب موجبات الضمان ح١.

وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: «إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان لها زمانة ظاهرة، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق وليأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها»[1].

وعن رفاعة بن موسى، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البرصاء، قال: فقال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأة زوّجها وليها وهي برصاء، أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوجها، وإنما صار عليه المهر لأنه دلسها»[2].

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في حديث قال: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها، قال: «المهر لها بما ستحل من فرجها وليغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»[3].

إلى غيرها من الروايات المشابهة للروايات المتقدمة الموجبة لأن يكون الولي ضامناً المهر، لأنه سبب.

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في شاهد الزور ما توبته، قال: «يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه»[4].

وفي رواية أخرى مثله، إلاّ أنه قال: «إن كان شهد هو وآخر معه أدى النصف»[5].

---

(١) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١١ من أبواب العيوب ح١.

(٤) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح١.

(٥) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١١ من أبواب العيوب ذيل ح١.

وعن جميل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في شاهد الزور، قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»[1].

وعن ابن أبي محبوب، عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل، قال: «إن قال الرابع أوهمت ضرب الحد وأغرم الدية، وإن قال تعمدت قتل»[2].

وعن إبراهيم بن معين الأزدي، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: «يقتل الراجع ويؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية»[3].

وعن مسمع الكردين، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في أربعه شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثم رجع أحدهم فقال: شككت في شهادتي، قال: «عليه الدية»، قال: قلت: فإنه قال: شهدت عليه متعمداً، قال: «يقتل»[4].

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في امرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات فتزوجت ثم جاء زوجها الأول، قال: «لها المهر بما استحل من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحد، ويضمنان المهر لها عن الرجل، ثم تعتد وترجع إلى زوجها الأول»[5].

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٠ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح١.

(٣) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح٣.

(٥) الوسائل: ج١٨ ص٢٤١ الباب ١٣ من أبواب الشهادات ح١.

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنه طلقها فاعتدت المرأة وتزوجت، ثم إن الرجل الغائب قدم فزعم أنه لم يطلقها وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: «لا سبيل للأخير عليها، ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد على الأخير ويفرق بينهما وتعتد من الأخير ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها»(١).

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده إنما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرمهما نصف الدية، و لم يجز شهادتهما على الآخر»(٢).

وعن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام): «في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده ثم رجع أحدهما فقال: شبه علينا، غرم دية اليد من أموالهما خاصة، وقال في أربعه شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأة يجامعها وهم ينظرون فرجم، ثم رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الدية إذا قال شبه عليّ، وإذا رجع اثنان وقالا شبه علينا غرما نصف الدية، وإن رجعوا كلهم وقالوا شبه علينا غرموا الدية، فإن قالوا شهدنا بالزور قتلوا جميعاً»(٣).

وفي رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رجلين شهدا على رجل عند علي (عليه السلام) أنه سرق فقطع يده، ثم جاءا برجل آخر فقالا: أخطأنا

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٢ الباب ١٨ من أبواب الشهادات ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح١.

(٣) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح٢.

هو هذا، فلم يقبل شهادتهما وغرمهما دية الأول»[1].

إلى غيرها من الروايات التي يجدها المتتبع في مختلف الأبواب، والتي تدل على أن السبب يقتل ويغرم.

ولا بأس في المقام بنقل كلمات جملة من الأعلام في تعريف السبب والتسبيب مما نقلها مفتاح الكرامة وتبعه صاحب الجواهر.

قال العلامة في القواعد: (الضمان وأركانه ثلاثة: الأول: الموجب وهو ثلاثة:

الأول: التفويت بالمباشرة، وهي إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق.

الثاني: التسبيب، وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد بتوقع تلك العلة كالحافر وفاتح رأس الظرف والمكرِه على الإتلاف.

الثالث: إثبات اليد وإذا كان بغير حق فهو غصب، وهو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً)[2] انتهى.

ومثله ما في التحرير، وهو يوافق كلامه في الديات أيضاً.

وعرف في الإرشاد والدروس بأنه إيجاد ملزوم العلة.

وقال في غاية المراد: التسبيب على ما فسره الفقهاء إيجاد ملزوم العلة قاصداً بتوقع تلك العلة.

وفي الشرائع: إنه كل فعل يحصل التلف بسببه.

وفي جامع المقاصد: إن الأولى أن يقال في تفسير التسبيب إنه إيجاد ما

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح٣.

(٢) قواعد الأحكام: ج٢ ص٢٢١ ــ ٢٢٢.

يحصل التلف عنده، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف بأن يكون وجودها معه كثيراً.

وفي قصاص القواعد: فسر السبب بما له أثر ما في التوليد كما للعلّة، لكنه يشبه الشرط من وجه، وفسر الشرط بما يتوقف عليه تأثير المؤثر ولا مدخل له في العلية، قال: كحفر البئر بالنسبة إلى الوقوع إذ الوقوع مستند إلى علته وهي التخطي، فالشرط هناك هو السبب هنا، وجعل من أقسام السبب الإكراه وشهادة الزور.

وفسر القواعد السبب في باب الديات: بأنه كل ما يحصل التلف عنده بعلة غيره، إلاّ أنه لولاه لما حصل من العلة كالحفر مع التردي.

وقال في المسالك ما حاصله: إن عرفنا السبب بأنه ما لولاه لما حصل التلف ضمن، لأنه لولا غصب الأم لما مات الولد عادة، فالسببيّة متحقّقة، وإن فسرناه بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة، فيتوقف ثبوت سببيته على قصد الغاصب للشاة إلى إتلاف الولد، وقد اعترض جامع المقاصد على تعريف غاية المراد الذي نسبه إلى الفقهاء بأنه إنما يصدق في الغاصب إذا قدم طعام الغير إلى آكل مبيحاً له، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل، ولا ريب أن حفر البئر سبب وطرح المعاثر سبب بلا خلاف.

ثم قال: والظاهر أن مراد الجماعة كون قصد توقع العلة باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا: التسبيب إيجاد ملزوم العلة الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة.

وفسر المقدس الأرديلي التسبيب بأنه إيجاد سبب معد للإتلاف.

وقال في الإيضاح: في وجه التردد في ضمان الولد بموته جوعاً لو حبس الشاة، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها، أو غصب دابة

فتبعها ولدها، قال:

ينشأ في الأول من أنه مات بسببه، لصحة إسناده إليه عرفاً، ولأن السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواه، وهذا تفسير بعض الفقهاء، وزاد آخرون: ولولاه لما أثرت العلة، وهذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، ولأنه يمكن اعتياده بغيره وهو أعم فليس بسبب، ولا يد له عليه ولا مباشرة ولا ضمان، وهذا منشأ النظر في الباقين.

وأيضاً ينشأ في الثاني من أنه تصرف في المالك لا في المال، ومن حيث إنه سبب عرفاً.

وأما في الثالث: فمن حيث إنه سبب لحدوث ميل يشبه القسري لوجود ميل الولد إلى أمه طبعاً، فهو سبب، ومن الشك في كونه سبباً شرعيّاً في الضمان، والأصل البرائة.

وقال في الجواهر بعد نقل جملة من هذه الكلمات: ولعل المحصل منها الضمان على وجه يجعل ضابطاً هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به في بعض الأحيان ولو بواسطة غيره معه، سواء كان له مدخلية في علية العلّة كالحفر، أو في وجودها كالغرور والإكراه.

ثم إنه اشكل عليهم بقوله: (لم تعرف الداعي لهم إلى صدور هذه الكلمات بعد خلو نصوصهم عن اللفظ المزبور عنواناً للحكم، وإنّما الموجود في النصوص ما عرفت، أي بعض الروايات المتقدمة، ومنه يتعدى إلى أمثاله بعد العلم بعدم الخصوصية للمذكور فيها، أو يستند إلى ما سمعته من العموم في بعضها، والأصل البراءة فيما لا يضاف إليه الإتلاف حقيقة، ولا يندرج في الأمثال المزبورة، بل مع الشك فيه كذلك أيضاً).

ثم قال: (لا يبعد كون المراد لهم ضبط ما استفاد الضمان به من النصوص المزبورة، لا أن المراد كون المدار

على صدق اسم السبب، خصوصاً بعد أن لم يكن له معنى منقحاً عرفاً) انتهى.

أقول: ما ذكره أخيراً هو الوجه لذكرهم، حيث إنهم أرادوا بيان موجبات الضمان الثلاثة المذكورة: المباشرة والتسبيب واليد، فلولا أنهم يجمعون المستفاد من الروايات في جملة، ما ذا كانوا يقولون في قبال التفويت وإثبات اليد، واللازم في الموارد الجزئية أنه يوجب الضمان إذا كان ملاك الموارد الجزئية في الروايات موجوداً في الموارد الجزئية المشابهة لها، أو كان داخلاً في كلي مثل: ﴿وجزاء سيئة﴾[1]، ﴿ومن عاقب﴾[2]، ﴿فمن اعتدى عليكم﴾[3] وما أشبه، فإذا كان أحد هذين الأمرين فهو، وإلاّ فإن شك في المشابهة أو في الدخول في هذه الكليات كان الأصل عدم الضمان.

ثمّ إن المحقّق الرشتي ذكر كلاماً طويلاً في هذا الباب، نقتطف منه موضعين لما فيه من الفائده، مع ذكر ما يمكن أن يرد عليه، فقال: (السبب الموجب للضمان عبارة عن فعل يتوقع ولو أحياناً معه التلف، أي لا يبعد أن يترتب عليه ذلك، ولو لم يكن سبباً شأنياً.

وتوضيح ذلك أن بعض الأفعال سبب للإتلاف بحسب نوعه وأفراده الغالبة، وهو الذي يلزم من وجوده الوجود لذاته، أو مع عدم مزاحمة المانع، أو معارضة عدم الشرط، وبعضه سبب له باعتبار خصوصية المورد، كاللطم الذي صار سبباً للقتل باعتبار ضعف الملطوم عليه، أو باعتبار خصوصية أخرى في المحل، وبعضها ما ليس كذلك أيضاً، بل قد يترتب عليه في بعض الأحيان

---

(١) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٢) سورة الحج: الآية ٦٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

التلف بواسطة سببه ومؤثره، فالترتب هنا ترتب الشيء على الشرط أو نحوه كالجزء، دون تربت المقتضي على المقتضي.

والمراد بالسبب في المقام ليس أحد القسمين الأولين حداً، لأن إيجادهما داخل في مباشرة الإتلاف، بل القسم الأخير، فيكون عبارة عن كل فعل يقع في الخارج شرطاً لأمر مؤثر في الإتلاف، أو جزءاً له، سواء كان وقوعه شرطاً أغلبياً أو غالبياً، أو لا، ما لم يبلغ حد الندرة التي يلحق بالعدم، كما صرح به المحقق الثاني في محكي شرح القواعد.

وأما ما يبلغ هذا الحد ففيه تفصيل بين الفعل محرماً ومحللاً، فالمراد بالترتب المأخوذ في تعريف السبب ترتب الشيء على غير تمام السبب الذي هو المؤثر، سواء كان جزءاً له أو شرطاً، ومن هنا اعتبر أكثر الأصحاب في تعريفه التوقع والاحتمال والحصول، فقالوا: ما هو يتوقع معه حصول التلف بسببه، أو يحصل معه التلف ونحو ذلك، و لم يقولوا ما هو ما يؤثر في التلف.

ثم يشترط أن يكون ذلك السبب الذي أثر في التلف مع ذلك الفعل من غير الأفعال الاختيارية، كإحراق النار وشعاع الشمس ونحوهما، فلو كان اختيارياً كان استناد التلف إليه أولى، لقوة المباشرة على التسبيب).

إلى أن قال: (ثم إن لتأثير هذا التسبيب في الضمان شروطاً شرعية راجعة إلى الحكم، كما أن الشرط السابق راجع إلى شرط الموضوع:

الأول: أن يكون في غير الملك، فلو كان في الملك لم يضمن مطلقاً، لأن تصرفات الملاك في أملاكهم مما رخص فيها الشارع، ولو كانت باعتبار الدواعي النفسانية التي يقترحها المتصرف على وجه زيادة التأثير بالنسبة إلى

الإباحة الشرعية في الأحكام الوضعية من الضمان وغيره، فلا يترتّب عليها الضمان بعد ثبوت الرخصة الشرعية، لكن هذا إذا لم يكن الفعل مما يستلزم ضرراً على الغير، بأن يكون سبباً أو علةً تامةً لحصول الضرر، وإلاّ فهو من موارد تعارض قاعدتي السلطنة[1] ونفي الضرر[2]، وهو خارج عن محل الكلام.

الثاني: أن لا يكون مباحاً شرعياً، فلو كان كذلك لم يضمن إلاّ على بعض الوجوه الآتية.

الثالث: أن لا يكون مقروناً بالغرض الصحيح العقلائي ولو كان نفسانياً، بأن يندرج تحت اللغو والعبث، فلو كان معرضاً لغرض صحيح مخرج عن اللغوية لم يضمن أيضاً، للأصل السالم عن معارضة الدليل الوارد وقاعدة الإحسان كما سيأتي.

فإن قلت: رواية الميزاب ونحوها دليل الضمان أيضاً، لأن نصبه معلل بغرض صحيح وليس بلغو.

قلت: نصب الميزاب في ذلك الزمان، أي زمان صدور الرواية خصوصاً في بلاد العرب لا يبعد أن كان عدواناً وتعدياً عرفياً، لكثرة ما يترتب عليه من الأذيات والإتلافات لضعف الجدران وعدم ارتفاع الدور، وستعرف أن المباح المعدود من التعدي على الناس عرفاً مضمن أيضاً، مضافاً إلى قصورها في الانتهاض في مخالفة الأصل مع مخالفة جمع من المحققين وعدم اشتمالها على ما يوجب للتعدي عن موردها المخصوص بحيث يكون قاعدة كلية.

---

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ و٣٤٢.

الرابع: أن يعد في العرف والعادة عدواناً، وإن لم يكن حراماً شرعياً، فإن بعض الأفعال مثل إيقاف الدابة في وسط الطريق عند تزاحم الناس وإن كان مسوغاً شرعاً، لكن يعد في العرف عدواناً وظلماً، إذ الطباع السليمة تشمئز منه وتتزجر عنه، وهو أشبه شيء لمنافيات المروة، فلو لم يكن كذلك لم يضمن أيضاً.

فصار الحاصل أن الفعل الواقع في الملك مطلقاً، والواقع في غيره المقرون بالغرض العقلائي مع سلامته عن العدوان العرفي، لا يوجبان الضمان، وما عداهما يوجبه.

والدليل على تلك الدعويين الأخبار وكلمات العلماء، مع ملاحظة الأصل وقاعدة الإحسان، فإنها لا تدل على أزيد مما ذكرنا، كما أنها تدل على الضمان في ما ذكرنا) انتهى.

أقول: يرد عليه أن تقسيمه السبب إلى الأقسام الأربعة ليس بأجلى من تقسيم الفقهاء الأمر إلى المباشر والسبب، فإن كل ما لا يعدّ سبباً مباشراً في العرف يكون من السبب إذا كان له مدخلية في الأمر.

ثم إن قوله: فلو كان اختيارياً كان استناد التلف إليه أولى، فيه: إن قوة المباشرة على التسبيب ليس مطلقاً.

ولذا في الثلاثة الذين يأخذ أحدهم إنساناً، ويرى الآخر بأن يكون ربيئاً، ويقتل الثالث، يقتل القاتل ويخلد في السجن الآخذ وتقلع عينا الرائي[1]، مع أنه لا شك في أن المباشر أقوى من السبب الذي هو الآخذ.

ثم روايات الناخسة التي مثل بها بعد ذلك ليست موافقة للقاعدة، فجعلها

(١) كما في الفقيه: ج٣ ص٢٠ الباب ١٥ في الحبس بتوجه الأحكام ح٣.

موافقة للقاعدة وتطبيقها على ما ذكره بعيد.

أحداها: عن الأصبغ بن نباتة، قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في جارية ركبت جارية فنخستها جارية أخرى، فقمصت المركوبة فصرعت الراكبة فماتت، فقضى بديتها نصفين بين الناخسة والمنخوسة[1].

لأن مقتضى القاعدة لولا هذه الرواية أن تكون الدية كلها على الناخسة، لأن المنخوسة عملت عملاً غير اختياري.

فهو مثل أن يلقي إنسان إنساناً من السطح على إنسان تحته فيموت ذلك الإنسان، فإن الاستناد إنما يكون إلى الإنسان الدافع، لا إلى الإنسان الواقع بغير اختياره.

ومثله الرواية الثانية التي رواها المفيد في الإرشاد، كما في الوسائل: «إن علياً (عليه السلام) رفع إليه باليمن خبر جارية حملت جارية على عاتقها عبثاً ولعباً، فجاءت جارية أخرى فقرصت الحاملة فقفزت لقرصها، فوقعت الراكبة فاندقت عنقها فهلكت، فقضى علي (عليه السلام) على القارصة بثلث الدية، وعلى القامصة بثلثها، وأسقط الثلث الباقي لركوب الواقصة عبثاً القامصة، فبلغ النبي (صلى الله عليه وآله) فأمضاه»[2].

وعن المقنعة روايته مرسلاً[3].

فإن هذه الرواية أيضاً على خلاف القاعدة، فإن الركوب عبثاً لا يسبب أن يسقط من ديتها شيئاً إذا كان الأمر على وفق القاعدة الأولية، كما عرفت كونها على خلاف القاعدة في المرأة المركوبة.

فقول المحقق المذكور: (لأن علة التلف كانت مركبة من فعل الناخسة

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ذيل الحديث ٢.

والمنخوسة والراكبة، لأن الركوب لما كان بغير غرض عقلائي كاللهو واللعب وقع ثلث الدية بإزائه، وتمكين المنخوسة للركوب أيضاً أخذ ثلث الدية، والثلث الباقي ضمن الناخسة إياه) انتهى، محل نظر ظاهر.

أما التي ذكرها من شروط الحكم، فيرد على الشرط الأول: بعد عدم اعتبار المالك، إذ قد يكون الإنسان يحفر البئر في شيء موقوف يسكنه، وهذا أيضاً كالملك لا يوجب الضمان، وقد يحفر في الصحراء لأجل انتفاع المارة وليس بملكه، وهذا أيضاً لا يوجب السقوط فيه الضمان، أن الملك إذا كان معرضاً كان اللازم الضمان أيضاً، كما إذا كانت له دار خربة فيمر منها الزوار الذين لا يعلمون بأنها للغير، وإنما تكون طريقاً إلى الحرم مثلاً، فإنه إذا حفر بئراً في مثل هذه الأرض كان مقتضى القاعدة الضمان، لأن العطب يستند إليه.

أما الشرط الثاني: وهو الإباحة وعدمها، فلا شأن له في موضوعنا، إذ المعيار هو الاستناد، والاستناد يجتمع مع الإباحة وعدمها، كما أن عدم الاستناد يجتمع معهما، وبين الأمرين عموم من وجه، ولا دليل على هذا الشرط من آية أو رواية أو قول فقيه مستند إلى قاعدة أو أصل أو ما أشبه.

وكذلك الشرط الثالث، فإن وجود الغرض العقلائي وعدمه لا مدخلية له في الاستناد وعدم الاستناد، والاستناد وعدمه ميزان الضمان وعدم الضمان، لا الغرض وعدم الغرض.

وقوله بالنسبة إلى الميزاب: إنه في ذلك الزمان، غير ظاهر الوجه، إذ ما ذكره تخصيص للرواية بغير مخصص، بل ورود الرواية عن الإمام الصادق (صلوات الله عليه)، نقلاً عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) مع وضوح أن

في زمان الإمام الصادق (عليه السلام) كانت الميازيب كالميازيب في زماننا هذا، لأن بغداد والبصرة والكوفة كانت مدن عامرة، وكانت الدور والحيطان والميازيب أمثال هذه الأزمنة، وذلك لا يدع مجالاً للتخصيص المذكور.

فقد روى السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً، أو أوتد وتداً، أو أوثق دابة، أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»[1].

ثم شرطه الرابع: بأن يعد في العرف والعادة عدواناً، وإن لم يكن حراماً شرعياً، يرد عليه:

أولا: إن تفكيكه بين الظلم العرفي والظلم الشرعي غير ظاهر، فإذا عدّ شيء في العرف ظلماً ترتب عليه الحكم الشرعي، لأن الموضوع يؤخذ من العرف لا من الشرع، إلاّ في موارد نادرة تصرف الشارع في الموضوع.

وثانياً: إن إيقاف الدابة في وسط الطريق عند تزاحم الناس لم يرد في نص حسب ما نعلم بهذه الخصوصية، وإنما ما ورد في النص هو ما ذكرناه من قوله (صلى الله عليه وآله): «أوثق دابة»[2]، فلا خصوصية لازدحام الطريق وعدم ازدحام الطريق.

إلى غير ذلك من موارد المناقشة في كلامه المنقول وغير المنقول، والله سبحانه العالم.

وكيف كان فقد عرفت أن المناط في الضمان أحد أمرين: إما الملاك في

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٩٢ الباب ٢٠ من أبواب موجبات الضمان ح١.

الروايات الخاصة الواردة في المقام، وإما الكليات المنطبقة على الأفراد.

فحصر الجواهر الضمان في الأمر الأول حيث قال: (فالتحقيق حينئذ كون المدار على المستفاد من النصوص المزبورة وغيرها، مما صرح فيها بالضمان به والتعدية منه إلى مشابهه في ذلك بالإجماع أو بفهم عرفي ينتقل منه إلى كون المذكور مثالاً لما كان من سنخه)، غير ظاهر الوجه، إلا أن يريد من النصوص المزبورة الأعم من الكليات والأمثلة، لكنه خلاف ظاهر قوله (مثالاً) في آخر كلامه المتقدم.

وعليه فلو شك في أحد الأمرين لا يمكن التعدي بل الأصل عدم الضمان.

كما أن قوله بعد ذلك: (والظاهر عدم كون التعدي والتفريط الموجبين للضمان في الأمين من ذلك حتى يصح التعدي منها إلى ما ماثله في غير الأمين، فيكون دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسة ماشيته موجباً للضمان، باعتبار إيجاد مثله في الأمين الذي مدار ضمانه على التعدي والتفريط الصادق ثانيهما في المفروض إذا كان من الأمين دون غيره) انتهى.

محل نظر، إذ دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسة ماشيته يجب أن يقال بأنها موجبة للضمان أيضاً في ما نحن فيه، إذ يشمله الأدلة العامة: مثل ﴿فمن اعتدى﴾[1]، ومثل ﴿وجزاء سيئة﴾[2]، وغيرهما.

وقد ذكر الفقهاء أنه لو فتح باب القفص أو باب الاصطبل أو ما أشبه، فطار الطائر وهربت الماشية كان ضامناً، وهو مقتضى القاعدة.

ثم من الكليات المذكورة في الآيات وبعض الروايات،

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة الشورى: الآية ٤٠.

ومن الأمثلة المذكورة في جملة من الروايات مما ملاكها آت في غير تلك الأمثلة، يعلم عدم اعتبار قصد توقع العلة فيه، ولا أكثرية ترتب التلف به، ولا منشأيته، بل ولو كان ذلك نادراً فإنه يوجب الضمان إذا صدق أحد الأمرين، بل ولو كان قصده الإحسان، فإن القصد الحسن كقصد الطبيب والبيطار وما أشبه لا يوجب رفع الضمان.

وكذا قصد من دعى إنساناً إلى داره فعقره كلبه، وإن لم يكن حين الدعوة متوجهاً إلى وجود الكلب، أو إلى احتمال عقر الكلب له، فإن الضمان فوق (ما على المحسنين من سبيل) دلالة، فإنه حاكم عليها ولذا يقدم عليها.

ثم إنك حيث قد عرفت أن حفر البئر قد يكون في الملك موجباً للضمان، وقد يكون في غير الملك غير موجب للضمان، يظهر وجه النظر في قول الجواهر وقول المطلقين حيث قال:

(فقد أطلق المصنف وغيره كون حفر البئر في غير الملك سبباً للضمان، وهو أعم من الحفر في طريق مسلوك، أو في ملك الغير، أو في ملك مشترك، بل عن ظاهر الغنية الإجماع على ذلك) انتهى.

فإنه لا يمكن الالتزام بذلك، والإجماع ظاهر الاستناد كما هو واضح.

ومن ذلك يعرف حال ما إذا حفر بئراً في أرضه، ثم ترك الأرض وأعرض عنها حتى التحقت بالمباحات وأخذها غيره أو لم يأخذها.

وحال ما إذا حفر بئراً في ملك الغير، ثم اشتراها أو ما أشبه.

وحال أفواه القنوات في الصحاري المكشوفة.

وحال ما إذا حفر بئراً وجعل حول فوهتها محجراً ثم سقط المحجر، أما إذا أسقطه غيره فلا يبعد أن يكون الضمان على المسقط، لأنه يعد عرفاً السبب

والمعتدي وفاعل السيئة وما أشبه.

وحال ما إذا جعل أسلاكاً شائكة أو أسلاكاً كهربائية حول مكان حال حفر البئر.

نعم ينبغي أن يتكلم حول أنه هل يجوز أن يجعل ذلك مما فيه خطر على الناس، إذا أراد بذلك حفظ مال نفسه، كالبنوك أو كالدور المعرضة لمجيء السارق وما أشبه، احتمالان:

من جواز الدفاع عن المال والأرض والنفس ولو بقتل الطرف، كما في الروايات المذكورة في كتابي الدية والقصاص ونحوهما.

ومن أن إزهاق النفس المحترمة بمجرد احتمال سرقة أو ما أشبه غير معلوم الجواز، ولعل الموارد تختلف، فإذا كان السارق يأتي ويسرق ما قيمته مثلاً مقدار دينار يمكن أن يقال بعدم الجواز، أما إذا كان السارق إذا أتى سرق مالاً كبيراً أو هتك عرضاً أو قتل نفساً كان ذلك جائزاً، وذلك لمسألة الأهم والمهم وغيرها.

ومنه يعلم حال ما إذا احتمل وقوع إنسان آخر في المحذور، أي غير السارق كالذي يطيّر الحمام، أو الذي يريد العبور من السطح إلى مكان آخر، أو ما أشبه، سواء كان عمله ذلك جائزاً كالمضطر الهارب من السلطة، أو حراماً كالذي يطير الحمام فإن دخوله دار الغير ليس بجائز.

وإذا حفر في الملك المشترك بينه وبين غيره فسقط فيها الشريك، فالظاهر الضمان للكل لا للنصف باعتبار أن نصفه له، إذ سببية الحفر للقتل وللعطب لا قيد لها.

نعم لو حفر اثنان أو لاثة أو أكثر بئراً فعطب بسببها إنسان أو حيوان موتاً أو نقصاً أو جرحاً، فالظاهر ضمان الجميع على حد سواء، سواء كان الحفر

من أجير المشتركين بأن أعطيا مالاً لإنسان فحفر البئر، أو حفر أحدهما نصفها الفوقاني والآخر نصفها التحتاني، أو حفر كل واحد منهما النصف عمودياً، لوحدة الملاك في الجميع.

ولا فرق بين أن يكون الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين كالحفر لبالوعة مياه الأمطار والاستقاء ونحو ذلك، أو لم يكن بل كان عدواناً أو عبثاً واعتباطاً، أو لمصلحة نفسه أو ما أشبه، لإطلاق الأدلة المتقدمة.

ولذا قال في الجواهر: مقتضى إطلاقهم عدم الفرق في المتردي بين أن يكون المالك أو غيره، وبين الداخل بإذنه أو غيره، وبين كون البئر مكشوفة أو مغطاة، بل مقتضى إطلاق غير واحد عدم الفرق بين كون ذلك لمصلحة المسلمين وغيره. بل عن الفخر التصريح بالأخير، لكن عن الشيخ والفاضل وثاني الشهيدين والأردبيلي عدم الضمان إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين، كالحفر للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك، واستحسنه المصنف، إلاّ أن ما سمعته من النصوص المشتملة على العموم اللغوي وترك الاستفصال يقتضي الضمان مطلقاً) انتهى.

نعم قوله: (وبين الداخل بإذنه أو غيره) فيه نظر، إذ لو لم يكن الداخل بإذنه ودخل وسقط، فإن مقتضى القاعدة عدم الضمان، كما في الكلب.

وقد تقدم رواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل دخل دار قوم بغير إذنهم فعقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم، وإن دخل بإذنهم ضمنوا»[1].

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٩٠ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

وكيف كان، فيؤيد ما ذكرناه من عدم الضمان في الأسلاك الشائكة والكهربائية إذا جرحت أو قتلت اللص، ما رواه أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «إذا قدرت على اللص فارمه وأنا شريكك في دمه»[1]، فإن الملاك في الأمرين واحد.

كما يؤيد ما ذكرناه من ضمان الشريك لشريكه فيما إذا حفر بئراً، ما رواه أبو بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في حائط اشترك في هدمه ثلاثة نفر، فوقع على واحد منهم فمات، فضمن الباقين ديته، لأن كل واحد منهما ضامن لصاحبه»[2].

ومنه يعلم حال ما إذا صنعا عريشاً للوقوف عليه للهدم أو البناء أو ما أشبه، فسقط أحدهما فمات أو عطب، وحال ما إذا صنع العريش صاحب البيت أو المعمار أو ما أشبه فسقط العامل، وحال ما إذا انهدمت الدار فذهبوا ضحية، أو انهدم سقف المنجم أو حائطه مثلاً فقتلوا أو جرحوا أو ما أشبه، وإن كانت بعض فروض المسألة مشكلة.

ولا يخفى أن روايات (أضر بطريق المسلمين) كما تقدم وشبهها، بل بعض العمومات يشمل الضمان بمثل صنع الدكة في الطريق، أو إلقاء القمامات كقشور البطيخ ونحوها، بل عن المبسوط التصريح بالضمان في الأخير، وتقييد المحقق والعلامة في بعض كتبهما بمن لم ير القمامة غير ظاهر، لإطلاق الأدلة.

وقد ذكرنا في كتاب الديات جملة من فروع المسألة، والتي منها إلقاء الثلج من السطوح في الشوارع والأزقه وما أشبه.

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٧٨ الباب ٦ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٧٥ الباب ٣ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(**مسألة ١٠**): قال في الشرائع: (إذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر في الضمان على ذي السبب، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً فدفع غيره فيها إنساناً، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع).

وفي الجواهر: لم أجد خلافاً بينهم، بل أرسلوه إرسال المسلّمات في المقام وفي القصاص والديات.

بل عن كشف اللثام الإجماع عليه.

بل في مجمع البرهان أن من المعلوم عقلاً ونقلاً إسناد الفعل إلى القريب دون البعيد الذي هو سبب السبب، وله مدخلية ما في ذلك الشيء، وهو ظاهر، وكأنه مجمع عليه.

أقول: وفي مفتاح الكرامة: طفحت عباراتهم في باب القصاص والديات والغصب أنه لو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر إذا تساويا في القوة أو رجح المباشر، والحاصل إني لم أجد في الأبواب الثلاثة في ذلك مخالفاً، وقد قالوا إنه يستثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر، وهذا يشمل الضعف بالإكراه والغرور، بل والشمس والنار والريح إن صدق عليها اسم المباشرة، وقد عللوا المستثنى منه بأنه المنسوب إليه الفعل دون السبب.

ففي المثال وهو ما إذا دفع إنسان إنساناً في بئر حفرها ثالث، ينسب القتل والعطب إلى الدافع لا إلى حافر البئر، وكذلك في الأسباب الاضطرارية، كما إذا ألقى إنسان إنساناً في البحر أو في النار، أو ألقاه تحت وهج الشمس المحرقة ومات، أو ألقاه في المسبعة فافترسه الأسد، أو ما أشبه ذلك، قال العرف بأن القاتل هو هذا الإنسان الملقي والدافع وما أشبه، ولم ينسب القتل إلى

الأمور الاضطرارية كالشمس والماء ونحوهما، أو الاختيارية اختياراً حيوانياً كالسبع المفترس له.

﴿فجزاء سيئة سيئة﴾[1]، و﴿من عاقب﴾[2]، و﴿فاعتدوا﴾[3]، وما أشبه، إنما ينطبق على الإنسان المباشر لا على السبب.

لكن في الرياض ناقش في الحكم المشهور أولاً، وذكر أنها مقتضى القاعدة لولا الإجماع، لأن القوة لا تدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه أيضاً، وهو ما مر من حديث نفي الضرر، ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً، وتخير المالك في الرجوع إلى أيهما شاء كالغصب، فلولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما كترتب الأيدي في الغصب في غاية الحسن.

ثم قال: (وعلى هذا نبّه خالي العلامة (دام ظله) في حاشيته على شرح الإرشاد، إلاّ أن ظاهره (سلّمه الله) المصير إليه، أو بقائه في شباك التردد من دون أن يقطع بما ذكره الأصحاب، ولعله لتوقفه في فهم الإجماع، وتردده في قبول حكايته من ناقله لعدم قطعه به، وهو حسن، ولكن الإجماع ظاهر فالمصير إلى ما ذكروه متعين).

أقول: لا إشكال في مثل الإحراق بالشمس والإلقاء في الماء والمسبعة وما أشبه، وإنما الإشكال في فاعلين مختارين أحدهما مقدم على الآخر، كما في حافر البئر ودافع غيره إنساناً فيها.

---

(١) سورة يونس: الآية ٢٧.

(٢) سورة الحج: الآية ٦٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

ويؤيد المشهور أحاديث الزُبية، فإن الإمام (عليه السلام) لم يجعل شيئاً من الدية على الحافر، وإنما جعل الدية على المباشر.

فعن مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن قوماً احتفروا زبية للأسد باليمن فوقع فيها الأسد، فازدحم الناس عليها ينظرون إلى الأسد فوقع رجل، فتعلق بآخر، فتعلق الآخر بآخر، والآخر بآخر، فجرحهم الأسد، فمنهم من مات من جراحة الأسد، ومنهم من أخرج فمات، فتشاجروا في ذلك حتى أخذوا السيوف، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): هلموا أقض بينكم، فقضى أن للأول الربع من الدية، وللثاني ثلث الدية، وللثالث نصف الدية، وللرابع الدية كاملة، وجعل ذلك على قبائل الذين ازدحموا، فرضى بعض القوم وسخط بعض، فرفع ذلك إلى النبي (صلى الله عليه وآله) وأخبر بقضاء أمير المؤمنين (عليه السلام) فأجازه»[1].

وفي رواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في أربعة اطلعوا في زُبية الأسد، فخرّ أحدهم فاستمسك بالثاني، واستمسك الثاني بالثالث، واستمسك الثالث بالرابع حتى أسقط بعضهم بعضاً على الأسد، فقتلهم الأسد، فقضى بالأول فريسة الأسد، وغرّم أهله ثلث الدية لأهل الثاني، وغرّم الثاني لأهل الثالث ثلثي الدية، وغرّم الثالث لأهل الرابع الدية كاملة»[2].

فإن هذين الحديثين ومثلهما غيرهما تدل على عدم شيء

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٧٦ الباب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٧٦ الباب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

على حافر الزُبية، مع وضوح أن الزُبية تحفر كما تحفر البئر.

نعم لا يبعد الحكم بما ذكره الرياض فيما إذا كان كلاهما عرفاً سبباً، كما إذا حفر أحدهما بئراً والآخر ألقى إنساناً في البئر، وقد فعلا ذلك بقصد إهلاك ذلك الإنسان، أو وضع أحدهما سكينة حادة في مكان، وألقى الآخر إنساناً على تلك السكينة فقتلته، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ويؤيد اشتراكهما ما رووه في حكم من أمر غيره بالقتل، مثل ما رواه زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل أمر رجلاً بقتل رجل فقتله، قال: «يقتل به الذي قتله، ويحبس الآمر بقتله في الحبس حتى يموت»[1].

ومثله رواية المسمعي: إن أبا عبد الله (عليه السلام) دخل على داود بن علي لما قتل المعلى بن خنيس، فقال: «يا داود قتلت مولاي وأخذت مالي»، فقال داود: ما أنا قتلته ولا أخذت بمالك، فقال: «والله لأدعونّ الله على من قتل مولاي وأخذ مالي»، فقال: ما أنا قتلته[2].

وعن المسمع في حديث: إن أبا عبد الله (عليه السلام) دخل على داود بن علي، لما قتل المعلى بن خنيس فقال: «يا داود قتلت مولاي وأخذت مالي»، فقال داود: ما أنا قتلته ولا أخذت بمالك، فقال: «والله لأدعون الله على من قتل مولاي وأخذ مالي»، فقال: ما أنا قتلته، ولكن قتله صاحب شرطتي، فقال: «بإذنك أو بغير إذنك»، فقال: بغير إذني، فقال: «يا إسماعيل شأنك به»، فخرج إسماعيل والسيف معه حتى قتله في مجلسه[3].

(١) الوسائل: ج١٩ ص٣٢ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٣٣ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص٣٢ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح٢.

فإن الظاهر أنه إذا كان بإذنه كان يعد قاتلاً، وقد ذكرنا في كتاب الديات صحة تسمية معاوية ويزيد وهارون والمأمون ومن أشبههم قاتلاً، حيث قتل الحسن والحسين وموسى بن جعفر والرضا (عليهم السلام) بسبب عبيدهم وغلمانهم والمطيعين لأوامرهم.

ومثل حديث زرارة، في من أمسك رجلاً فقتله رجل آخر، ما رواه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قضى علي (عليه السلام) في رجلين أمسك أحدهما وقتل الآخر، قال: يقتل القاتل ويحبس الآخر حتى يموت غماً، كما حبسه حتى مات غماً»[1].

وفي رواية سماعة، قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شدّ على رجل ليقتله والرجل فار منه فاستقبله رجل آخر فأمسكه عليه حتى جاء الرجل فقتله، فقتل الرجل الذي قتله، وقضى على الآخر الذي أمسكه عليه أن يطرح في السجن أبداً حتى يموت فيه، لأنه أمسكه على الموت[2].

وفي رواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن ثلاثة نفر رفعوا إلى أمير المؤمنين (عليه السلام)، واحد منهم أمسك رجلاً وأقبل الآخر فقتله والآخر يراهم، فقضى في الربيئة أن تسمل عيناه، وفي الذي أمسك أن يسجن حتى يموت كما أمسكه، وقضى في الذي قتل أن يقتل»[3].

إلى بعض الروايات الأخر التي تشرك السبب والمباشر في العقاب، وإن

(١) الوسائل: ج١٩ ص٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح٣.

اختلف العقاب، فإن ذلك مما يؤيد قول الرياض.

وكأنه لذا قال الجواهر: (نعم قد يشك في صورة ما لو قصدا الاشتراك في الإتلاف بأن فعل بالسبب سببه لإرادة مباشرة الإتلاف من المتلف، كما لو نصب سكيناً في الأرض ليدفعه الآخر عليها مثلاً).

فقوله بعد ذلك: (مع أن التحقيق فيها أيضاً كون الضمان على المباشر الذي يسند الفعل إليه، وإن كان ذلك معيناً له وصار فعله من المعدات، كما هو واضح بأدنى تأمل في الفرق بين المعدات القريبة والبعيدة) محل نظر، ولذا يسند العرف الفعل إليهما معاً، ويقال: إنهما معاً معتد وفاعل سيئة وما أشبه، بل لعل كلام المشهور منصرف إلى ما لم يكن السبب أيضاً فعل ما فعل بقصد العدوان.

قال في المسالك: (إن اتفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان، لعدم الترجيح، وإن تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير لاستقلاله بالضمان أولاً فكان أولى، وهو سبب السبب فيجب وجود المسبب عنده).

ولعله أراد ما في التذكرة قال: (ولو تعدد السبب فالضمان على المتقدم منهما إن ترتبا، كما لو حفر شخص بئراً في محل عدواناً، ووضع آخر حجراً فيه، فعثر إنسان بالحجر فوقع في البئر، فالضمان على واضع الحجر، لأنه السبب المؤدي إلى سبب الإتلاف، فكان أولى بالضمان، لأن المسبب يجب مع حصول سببه فيه، فوضع الحجر يوجب التردي، أما لو انتفى الترتيب، فالضمان عليهما، كما لو حفر ووضع الحجر فالضمان عليهما).

فإن المنصرف من هاتين العبارتين وأمثالهما أن حفر البئر

لم يكن لأجل الإماتة، بل لأجل عمل لنفس الحافر كالاستقاء أو نحو ذلك.

نعم ما ذكره الرياض من التخيير في التضمين في السبب والمباشر غير ظاهر الوجه، إذ مقتضى القاعدة التشريك لا التخيير كما يأتي في السببين.

ومنه يعلم أن إشكال المحقق الرشتي على صاحب الرياض بالمنع من كون السبب مضمناً مطلقاً، (إذ المستفاد من أدلته سببيته للضمان، حيث لا يكون فيه من يستند إليه الإتلاف عرفاً، إذ لم نجد من هذه الأدلة ما يقضي بالعموم، غير أنا حصلنا من مجموعها أن التسبيب إذا لم يكن معه فاعل مختار ويمكن تضمينه المسبب أي فاعل السبب، وأما معه فلا) انتهى، غير ظاهر الوجه.

ولعله لذا قال المحقق الرشتي أخيراً: (لكن الإنصاف أن هذا المعنى مع عدم كونه جموداً على ظاهر الأخبار، ومستنبطاً من مجموعها، لا يجدي في صورة التساوي مطلقاً، سواء كان بين السبب والمباشر أو بين السببين، لأن الاستناد العرفي الذي قلنا بكونه مضمناً قائم).

نعم تصديقه أخيراً لصاحب الرياض في كونه كالغصب في مسألة ترتب الأيدي بقوله: (فدعوى عدم قيام الاستناد العرفي إلاّ بهما معاً مجازفة، وكذا في صورة اجتماع السبب والمباشر المساوي، بل الظاهر تحقق النسبة العرفية بالنسبة إلى كل واحد مستقلاً، لأن بناءها على التأثر الناقص، وقضية ذلك الحكم بالتأخير دون التشريك، فلابد أن يستند في التشريك الذي هو ظاهر الأصحاب إلى الاتفاق والإجماع) إلى آخر كلامه.

قد عرفت أنه محل نظر.

فتحصل: أن مقتضى القاعدة أن السبب والمباشر

إذا استند إليهما الفعل عرفاً كانا شريكين في الضمان لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجاً، فإنه لولا الحجر لم يحصل التردي في البئر، كما أنه لولا البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفاً، وإليه مال الجواهر أخيراً.

وكيف كان، فقد قال في القواعد: والحوالة على المباشر لو جامع السبب إلاّ مع ضعفه بالتغرير، كمن قدم طعام غيره إلى آكل جاهل، فالضمان يستقر على الآمر.

وقال في مفتاح الكرامة: قالوا إنه يستثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر، كما اقتصر على ذلك جماعة، وهذا يشمل الضعف بالإكراه والغرور، بل والشمس والنار والريح إن صدق عليها اسم المباشرة.

وفي الدروس واللمعة والروضة إلاّ مع ضعفه بالإكراه أو الغرور، واقتصر في الارشاد على الأول، وفي الكتاب هنا على الثاني، ثم قال: في الآمر الغار أنه ذكره الدروس والروضة في المقام، وبه طفحت عباراتهم عند الكلام على الأيدي المترتبة على يد الغاصب.

وفي الجواهر أضاف على الآمر الغار ما لو لم يكن منه أمر بل مجرد تقديمه له ضيافة، قال: (وإن قال في التذكرة من قال كُلْه ولم يقل إنه ملكي ولا طعامي ولا طعام فلان غصبته بل أطلق، فوجهان، أقويهما الضمان لأنه غره أيضاً، بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له أيضاً، لأنه وإن كان قد سلطه عليه وصيره بين يديه إلاّ أنه باعتقاده أنه ملك الغير، وأنه مسلط على إتلافه بغير عوض، فليس تسليمه له تسليماً تاماً يتصرف فيه تصرف الملاك، فلذلك ضعف مباشرته بالغرور، وما اشتهر من أن قرار الضمان على من تلف في يده المال

إنما هو في غير الفرض).

أقول: وإنما تخصص قاعدة الضمان بمن تلف في يده بذلك، لقوله (عليه السلام): «المغرور يرجع إلى من غر»[1]، الشامل للمقام فإنه مقتضى الجمع بينهما عرفاً.

ثم إنه يؤيد كون الضمان على السبب إذا كان أقوى من المباشر ما ورد في شهود الزور، كما تقدمت جملة من رواياته، حيث إن الضمان على شاهد الزور لا على الحاكم بالقتل أو الجلد أو نحوهما، أو الجلاد المباشر للقتل، أو الناس المباشرين للرجم، أو ما أشبه، فإن ذلك بسبب أن السبب أقوى من المباشر.

بل وما ورد في حكم من أمر عبده بالقتل، حيث روى إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل أمر عبده أن يقتل رجلاً فقتله، قال: فقال: «يقتل السيد به»[2].

وعن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أمر عبده أن يقتل رجلاً فقتله، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): «وهل عبد الرجل إلاّ كسوطه أو كسيفه، يقتل السيد ويستودع العبد السجن»[3].

وفي الوسائل نقل العلامة في المختلف عن الشيخ في الخلاف أنه قال:

اخلتف روايات أصحابنا في أن السيد إذا أمر عبده بقتل غيره فقتله فعلى من يجب القود، فروي في بعضها أن على السيد القود، وفي بعضها أن على العبد

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب عيوب النكاح ح٦.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٣٣ الباب ١٤ من أبواب قصاص النفس ح١.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص٣٣ الباب ١٤ من أبواب قصاص النفس ح١.

القود ولم يفصلوا، قال: والوجه في ذلك أنه إن كان العبد مخيراً عاقلاً يعلم أن ما أمره به معصية، فإن القود على العبد، وإن كان صغيراً أو كبيراً لا يميز واعتقد أن جميع ما يأمره به سيده واجب عليه فعله، كان القود على السيد.

أقول: وقد ذكرنا في كتاب القصاص أنه لعل الجمع العرفي بين الروايات أنه إن كان المأمور يعد آلة فالقتل على الآمر، وإلاّ كان القتل على المأمور، والعبد غالباً كالآلة، كما أشار إليه الإمام (عليه السلام).

وعلى أي حال، فمن هذه الروايات يستفاد أن السبب لو كان أقوى من المباشر كان الضمان عليه.

كما أنه يؤيد أيضاً ضمان السبب الأقوى ما رواه الوسائل، عن رزين، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في حديث قال: «إياك أن تدفع فتكسر فتعزم»[1].

وبذلك يظهر أن استدلال المحقق الرشتي برواية رزين في المسألة السابقة على بعض ما رآه غير ظاهر الوجه.

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح٣.

(**مسألة ١١**): قال في الشرائع: (ولا يضمن المكرَه المال وإن باشر الإتلاف، والضمان على من أكرهه لأن المباشرة ضعفت مع الإكراه فكان ذو السبب هنا أقوى) انتهى.

أقول: أما موضوع الإكراه فقد ذكرناه في بعض الكتب الفقهية فلا وجه لإعادته، وأما الحكم بعدم الضمان بالنسبة إلى المكره، فالمسألة ينبغي أن تكون في خمسة أمور: المقسور والمكرَه والمغرور والمضطر بكلا شقي الاضطرار، أعني أن يكون إنسان آخر في البين يضطره إلى ذلك، وأن لا يكون إنسان آخر.

أما بالنسبة إلى المقسور وهو الذي يصدر منه العمل اللااختياري فالظاهر أن الضمان عليه، وإنما قرار الضمان على غيره وهو الذي قسره، كما إذا دفع إنسان إنساناً على ثالث فقتله، فإن هذا الإنسان المدفوع مقسور والضمان عليه، لكن قرار الضمان على الدافع، ولا نريد بكون الضمان عليه أنه عليه شخصاً وإنما نريد أنه على عاقلته على حسب موازين الدية.

فقد روى ابن سنان في الصحيح، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، فقال: «الدية على الذي وقع على الرجل فقتله لأولياء المقتول»، قال: «ويرجع المدفوع بالدية على الذي دفعه»، قال: «وإن أصاب المدفوع شيء فهو على الدافع أيضاً»[1].

نعم إذا كان القسر بدون قاسر يكون الضمان على نفس المقسور، فعن محمد بن مسلم، قال: قال أبو جعفر (عليه السلام): «أيما ظئر قوم قتلت صبياً لهم وهي

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

نائمة فقتلته فإن عليها الدية من مالها خاصة إن كانت إنما ضائرت طلب العز والفخر، وإن كانت إنما ضائرت من الفقر فإن الدية على عاقلتها»[1].

ولذا أفتى الفقهاء أن النائم إذا كسر إناء إنسان يكون ضامناً، فإن القسر لا يوجب رفع الضمان.

ولا ينافي هذا رواية عبيد الله بن زرارة، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقع على رجل فقتله، قال: «ليس عليه شيء»[2].

فإن الظاهر منه أنه ليس عليه بالذات، وأما على العاقلة فعليه الشيء، كما هو مقتضى القاعدة.

وأما المكرَه ففي الجواهر (عند قول الشرائع المتقدم): بلا خلاف أجده في شيء من ذلك.

وقد استدل لعدم الضمان المحقق الرشتي بأمور:

الأول: انتساب الفعل وهو التلف عرفاً إلى المكرِه المسبب، فلا يقال لمن استكره عليه في ذبح شاة الغير مثلاً إنه المتلف، كما يشهد به قولك بني الأمير الدار، مع أن الأمير الآمر، وربما يكون أضعف من الاكراه.

الثاني: قاعدة الإحسان، بناءً على شمولها لكل فعل مرخص فيه شرعاً وعرفاً، وإن لم يكن إحسان بالنسبة إلى الغير، فإن الإتلاف المقصود به دفع الضرر عن النفس أو المال حسن.

الثالث: منافاة حكمة الإذن الشرعي للضمان هنا، وإن لم تكن ملازمة دائمة بين الإذن وعدم الضمان، لأن الإذن في إتلاف مال الغير حال الإكراه إنما هو لأجل دفع الضرر عن المكره نفساً أو مالاً، فينافيه ضمانه قيمة المتلف

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص١٩٩ الباب ٢٩ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح١.

التي قد تزيد على ما يندفع به الإكراه من التضرر.

الرابع: دليل رفع القلم عما استكرهوا عليه[1]، فإن العمل به في مثل المقام في الجملة يقيني وإن لم يكن مطرداً.

لكن لا يخفى إمكان المناقشة في بعض الأدلة المذكورة، فمثلاً الدليل الأول الفعل مسند إليهما المكره بالكسر وبالفتح، كما أن بناء الأمير المدينة أو الدار مسند إليه تارة وإلى البناء أخرى، كما أنه قد يسند أيضاً إلى المعمار والمهندس المشرف على عمل البناء، فإن في الحقيقة الباني هو البناء وأما غيره فالإسناد إليه على ضرب من المجاز، كما أن قاتل الحسين (عليه السلام) في الحقيقة هو الشمر مثلاً وإنما يسند إلى عمر وابن زياد ويزيد على ضرب من التسامح، وإن كنا قد ذكرنا في كتاب القصاص عدم استبعاد أن تكون النسبة حقيقية أيضاً، ولذا ورد في الروايات أن يزيد (عليه اللعنة) قاتل الحسين (عليه السلام) وهكذا، فالاستدلال بهذا غير خال عن المناقشة.

كما أن استدلاله الثاني أيضاً قد تقدم في بعض المسائل السابقة ضعفه، فإن الإحسان لا يخصص أدلة الضمان، ولذا يؤخذ الطبيب والبيطار إذا لم يأخذ البراءة بالضمان مع أنه محسن محض، ثم التعدي من الإحسان إلى الغير الذي هو منصرف النص إلى الإحسان إلى النفس فيه خفاء، وإن كان الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب استدل بمثل ذلك في النهي عن المنكر والتعاون على الإثم بأن يكون شرب الإنسان بنفسه الخمر من التعاون على الإثم، وبناء الإنسان المسجد من التعاون على البر.

أما منافاة حكمة الإذن للضمان كما استدل به في ثالث أدلته فأكثر ضعفاً،

---

(١) الخصال: ص٤١٥ ح٩ باب التسعة.

إذ حكمة الإذن لدفع الضرر عن النفس والمال وما أشبه، فدفع الضرر يكفي في حكمة الإذن ولا يحتاج إلى عدم الضمان، أما إذا تساوى المالان أو الضرران فهو محل نظر، مثلاً يقول: اقطع يد زيد وإلاّ قطعت يدك، أو أتلف دينار زيد وإلاّ أخذت ديناراً منك.

والكلام في هذا المبحث موكول إلى بحث الإكراه، وهو كلام طويل في حدوده وخصوصياته، ولذا كان الإذن الشرعي في المخمصة بالأخذ من أموال الناس، ولكن لا يوجب ذلك سقوط الضمان، ويقول الفقهاء بالضمان جمعاً بين الحقين، وكذا ما يشبه ذلك كإلقاء مال الغير في البحر في السفينة المخطورة ثم ضمانه، كما ذكروا ذلك في باب الضمانات في الديات وغيرها.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المحقق الرشتي هنا حيث قال: (إن الضرر إذا توجه إلى الشخص ابتداءً لم يجز دفعه بإضرار الغير، فلو وقع في ضرر مندفع بإضرار الغير لم يجز، مثل أن يقال لأحد: أريد منك درهماً من مالك أو من السرقة، فليس له اختيار الثاني دفعاً للضرر عن النفس، وإن توجه إلى الغير أولاً جاز ارتكابه إذا استلزم عدم الارتكاب ضرراً مثله أو دونه بعكس الأول، وما نحن فيه من القسم الأخير لأن الإكراه على الإتلاف إضرار متوجه إلى الغير بحيث يستلزم عدم ارتكابه ضرر آخر على المكره).

إذ يرد على الأول: إنه لا كلية لما ذكره، فإنه إذا توجه إليه أسد يريد افتراسه وعلم أنه لو هرب منه افترس غيره، جاز له الفرار مع أنه يعلم أن فراره يستلزم افترس غيره، إلى غير ذلك من الأمثلة.

كما يرد على الثاني: إنه لا دليل على جوازه مطلقاً، فلو قال له: أعطني ديناراً من زيد، وكان يعلم أنه إذا لم يعطه أخذ ديناراً منه أو نصف دينار، لا دليل

على جواز أن يعطيه ديناراً من زيد، وبأي ملاك يعطيه ذلك وهو حرام في نفسه والضرر المتوجه إليه أقل أو مثله كما فرض، فإن صدق دليل الإكراه على مثل المقام فيه خفاء، بل الظاهر أن العرف لا يفهم من دليل الإكراه مثل ذلك، ولذا إذا اعتذر بأنه كان مكرهاً، يقال له: وأي إكراه وقد كنت تتمكن أن لا تعطيه وإن أخذ منك الدينار أو نصفه، بل في أخذه نصف الدينار منه أوضح.

نعم دليله الرابع: وهو رفع القلم[1] في موقعه، لأن الظاهر من دليل الرفع رفع جميع الآثار لا الأمور التكليفية فقط، كما فصلنا ذلك في بعض مباحث الفقه، وإن كان المشهور لا يقولون بذلك، لكنا استظهرناه من إطلاق الدليل بعد عدم الفرق بين الحكم الوضعي والتكليفي في لسان الشارع في أمثال هذه الموارد، وإنما يخرج الحكم الوضعي عن إطلاق دليل الرفع بأدلة خاصة، فما لم تكن تلك الأدلة الخاصة يجب أن نقول بالإطلاق، وهو حاكم على مثل «الغصب كله مردود» لأن رفع القلم عنوان ثانوي وارد على العناوين الأولية كما قرر في محله.

وسيأتي في كلام الجواهر اقتضاء الرفع ما يشمل الوضع أيضاً، وأن ما يكون مرفوعاً ويكون الوضع فيه موجوداً إنما هو بدليل خارج.

ولو أكرهه على قتل إنسان، فبالإضافة إلى أنه لا يجوز له، أنه لو فعله كان ضامناً، لأن دليل عدم التقية في الدم يخصص دليل الإكراه حسب ما هو مقتضى الجمع بينهما عرفاً.

فعن محمد بن مسلم، فيما رواه الكافي، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «إنما جعل التقية ليحقن بها الدم، فإذا بلغ الدم فليس تقية»[2].

---

(١) الوسائل: ج١١ ص٢٩٥ الباب ٥٦ من جهاد النفس ح١، البحار: ج٥ ص٣٠٣.

(٢) الوسائل: ج١١ ص٤٨٣ الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي ح١.

وفي رواية أبي حمزة الثمالي، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لم تبق الأرض إلاّ وفيها منا عالم يعرف الحق من الباطل»، وقال: «إنما جعلت التقية ليحقن بها الدم، فإذا بلغت التقية الدم فلا تقية»[1] الحديث.

وعن الصدوق في الهداية، عن الصادق (عليه السلام) إنه قال: «لو قلت إن تارك التقية كتارك الصلاة لكنت صادقاً، والتقية في كل شيء حتى يبلغ الدم فإذا بلغ الدم فلا تقية»[2].

أقول: ومن هنا اشتهر أنه لا تقية في الدماء، وقد رواه هامش الجواهر عن البحار.

قال في الجواهر: (وكأن المصنف أشار بالاقتصار على المال إلى الاحتراز عن النفس فإن الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره، نعم في الجرح إشكال من حيث تناول قوله (عليه السلام): «لا تقية في الدماء» له وعدمه) انتهى.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول الجواهر، فإنه بعد أن اعترف بأن الأصحاب في المقام ظاهرهم عدم رجوع المالك على المكرَه بشيء قال:

(ولكن مع ذلك إن لم يكن إجماعاً لا يخلو من نظر، خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر باعتبار مباشرته الإتلاف، وإن رجع هو على المكره.

بل قد يقال: إن القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره وإن أثم المكره لاستقلال المباشر بالإتلاف، ولكن ضمنّا المكره للدليل

---

(١) الوسائل: ج١١ ص٤٨٣ الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٣٧٣ الباب ٢٣ من أبواب الأمر والنهي ح٥.

لا لقوة السبب على المباشر المخصوصة بما إذا كان الإسناد حقيقة للسبب دون المباشر الذي هو كالريح والشمس.

بل قد يقال بشمول قوله (عليه السلام): «كل مغصوب مردود»[1] له، وإن كان مكرهاً على تناول المغصوب والتصرف فيه، بل ينبغي الجزم به فيما لو كان مغصوباً في يده قبل الاكراه، فأكره على إتلافه، بل هو كذلك في كل مضمون في يده ثم أكره على إتلافه، لأن رجوع المالك حينئذ عليه باعتبار حكم الضمان السابق، بل لا ينافيه كلام الأصحاب المراد منه عدم الرجوع من حيث الإتلاف الإكراهي خاصة) إلى آخر كلامه، فإنه يرد عليه:

أولا: إن الحكم كما عرفت على وفق القاعدة ولا حاجة إلى الإجماع، والمجمعون إنما فهموا الحكم من النصوص، فإنه لو أكره كان مقتضى رفع القلم عدم ضمانه وإن كان النفع يعود إليه بالمباشرة، كما إذا أكرهه بأكل طعام الغير وإلاّ ضرب عنقه فأكله، فإن الحكم مرفوع عنه، كما أن الحكم بالعقاب أيضاً مرفوع عنه، كما في المرأة التي زنت اضطراراً على ما سيأتي.

وثانياً: إن ما جعله ينبغي الجزم به مما كان مغصوباً في يده قبل الإكراه فأكره على إتلافه حيث ذكر أنه يبقى على حكم ضمانه، فيه: إن مقتضى القاعدة أنه إذا تبدل الموضوع تبدل الحكم، فإنه كان ضامناً قبل الإكراه، فإذا أكره لم يكن ضامناً، لأن الموضوع تبدل إلى الإكراه، كعكسه بأن كان مكرهاً فرفع

(١) الوسائل: ج٦ ص٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح٤.

الإكراه فإنه يضمن لأن دليل الإكراه قد سقط، والاستصحاب لا مجال له بعد تبدل الموضوع.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره أخيراً في مسألة ضمان المكره بقوله:

(ومنه يعلم الوجه حينئذ في تخير المالك في الرجوع عليهما، فإن رجع على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح، بخلاف العكس، على نحو ما سمعته في قرار الضمان على من تلف المال في يده في الأيادي المتعاقبة) انتهى.

فإنه لا وجه للرجوع على المكره بالفتح مطلقاً بعد رفع الشارع القلم عنه مما يشمل التكليف والوضع.

لا يقال: فلماذا لا يرفع الوضع في الخطأ والنسيان مع أنهما ذكرا مع الإكراه في سياق واحد.

لأنه يقال: إن ذلك إنما يستفاد من لحن الآية وبعض الروايات والإجماع بأن المخطئ والناسي إنما يرفع عنهما المؤاخذة الدنيوية بالعقاب والأخروية بالنكال، قال سبحانه: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾[1]، وسياق حديث الرفع فيهما سياق الآية المباركة، وذلك بخلاف الإكراه الذي ظاهر الحديث رفع آثاره مطلقاً.

ولذا قال الجواهر: رفع الشارع حكم الإكراه عن المكره الذي يمكن إرادة ما يشمل الوضع منه أيضاً، وإن لم يكن كذلك في الخطأ والنسيان للدليل.

ثم إنه لو ظن كونه مكرهاً ولم يكن في الواقع مكرهاً كان مقتضى القاعدة الضمان، لأنه لا يكون السبب أقوى من المباشر من جهة السالبة بانتفاء الموضوع، إذ لا سبب أصلاً وإنما هو توهم السبب.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

كما إذا أمر زيداً الجائر بكسر مال عمرو، فظن زيد بن خالد أنه المراد، بينما كان المأمور هو زيداً بن خويلد، أو إذا أمره بكسر مال زيد فظنه الجائر فتبين أنه صديقه الذي لا يريد تنفيذ الوعد والوعيد، أو ظن الجائر جاداً بينما لم يكن جاداً، فإن الإكراه أمر واقعي لا أمر خيالي، ولا دليل على أن الخوف يوجب أن يكون محكوماً بحكم الإكراه.

فليس في المقام دليل يدل على تنزل الخوف منزلة الواقع، كما دل في خوف الصوم والطهارة وما أشبه.

أما لو انعكس بأن كان مكرهاً في الواقع لكنه لا يعلم بأنه مكره وإنما فعل الشيء عن عمد، فالظاهر أنه ضامن لعدم صدق الإكراه فيما إذا لم يعلم بذلك، لأن المنصرف من الإكراه، الإكراه الذي علمه، وإلاّ يقال له عرفاً أنت لم تكن مكرهاً، وإنما فعلت ذلك بقصد وسوء نيّة.

ولو قيل: بأن الاكراه يشمله لغة، لأن الألفاظ حقيقة في واقعها لا في الأمور الخيالية.

قلنا: انصراف الدليل عن مثله كاف في عدم كونه محكوماً بحكم الإكراه.

ثم إن قولهم بالسبب والمباشر، يراد بالسبب أعم من سبب السبب ومن السبب، فإنه إذا كان المكره سبباً لإكراه ثان لثالث هو مباشر، فإن الضمان على المكره الأول لا المكره المتوسط الذي هو مكره بالفتح أيضاً، لأنه أيضاً أضعف من المكره الأول الذي هو السبب الأقوى كما لا يخفى.

وفي الإكراه مسائل كثيرة لا داعي إلى التعرض إليها هنا.

ثم إن قال السبب لطفل أو مجنون: اعملا كذا، فعملا، فلا إشكال في أن

السبب أقوى من المباشر في المجنون، وكذا في الطفل إذا لم يكن مميزاً، أما إذا كان الطفل مميزاً وفعل باندفاع من نفسه، وإن كان بأمر الآمر هل الضمان على الآمر مطلقاً لأنه أقوى من المباشر، إذ الصبي مرفوع عنه القلم، أو الضمان على الطفل لأنه مندفع عن نفسه، فإذا كان جرحاً أو قتلاً فعلى عاقلته، لحديث «عمد الصبي خطأ»[1]، احتمالان، لكن الأقرب إلى المستفاد من الموارد الخاصة في الروايات بالملاك ومن مذاق الفقهاء أن السبب أقوى مطلقاً، من غير فرق بين المميز وغير المميز.

نعم لا إشكال في أنه إذا كان الصبي مميزاً أدب، كما يؤدب بالسرقة والزنا واللواط وشرب الخمر وغير ذلك، على ماذكروه في كتاب الحدود، فلا ضمان على عاقلته هنا، حيث إن دليل كون السبب أقوى من المباشر حاكم على دليل ضمان العاقلة، كما أنه كذلك في المجنون.

نعم إذا لم يكن للآمر أثر في الطفل فلا شيء على غير العاقلة قطعاً.

وأما الغرور فقد قال في القواعد: (ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه، إلا مع الغرور كما لو أضافه به، ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار، وكذا لو أودعه المالك أو آجره إياه) انتهى.

قال في مفتاح الكرامة عند قوله (إلا مع الغرور كما لو أضافه به): (فالضمان على الغاصب بلا خلاف فيما إذا قال كُلْه فهذا ملكي وطعامي، أو قدمه إليه ضيافة حتى أكله و لم يقل إنه مالي وطعامي، أو لم يذكر شيئاً.

وفي التذكرة: إنه الذي يقتضيه مذهبنا.

قلت: لمكان الاعتماد على اليد الدالة

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص٣٠٧ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

على الملك، والأمارة الدالة على الإباحة.

وفي المبسوط: إنه الأقوى.

وبه جزم في الشرائع وغيرها في مطاوي الباب وغيره.

وقد تقدم للمصنف في الباب الجزم بذلك، وظاهر جماعة وصريح آخرين أن المالك يتخير في تضمين كل واحد من الآكل والغاصب، ويستقر الضمان على الغاصب)[1] إلى آخر كلامه.

وقال المحقق الرشتي: (أما إذا كان الضعف بالغرور فالقدر المعلوم المتيقن منه أن الضمان بالآخرة يرجع إلى الغار، وأما أن الضمان هل يتوجه إليه ابتداءً فلا شيء على المغرور أصلاً كالمكره، أو إلى المغرور ابتداءً ثم يرجع هو إلى الغار، أو يتخير المالك بين الرجوع إليه ابتداءً وبين الرجوع إلى المغرور فيرجع هو إليه، أو تفصيل بين ما إذا كان للغار يد على المال أو سبب آخر للضمان سوى التغرير كالثالث، وإلاّ كالثاني، وجوه وأقوال، لا يبعد كون الأقوى الأخير)، إلى آخر كلامه.

أقول: مقتضى القاعدة أنه إذا وضع كل منهما يده على مال المغصوب منه كان له أن يرجع إلى أي منهما، لقاعدة اليد وقاعدة الإتلاف بالنسبة إلى المتلف إذا كان المغرور متلفاً، أما إذا لم يضع الغار يده وإنما دل المغرور عليه فأخذه وأتلفه فإن القاعدتين لا تشملان الغار، إلاّ إذا قلنا بصدق (من أتلف) عليه، هذا حسب القواعد الأولية.

نعم قاعدة المباشر والسبب تقتضي أن يكون المرجع الغار وحده دون

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص١٠١ ط الحديثة.

المغرور، وذلك لأن قاعدة الأقوى من المباشر والسبب حاكمة على القاعدتين ونحوهما.

ولذا تقدم في الروايات المتعددة أن شاهد الزور هو المأخوذ لا المجري كالحاكم والجلاد ونحوهما، ولم يرد في تلك الروايات أن الولي سواء كان نفس الشخص كما إذا قطعت يده، أو وارثه كما إذا قتل مورثه، له الحق في الرجوع إلى أيهما أو إلى المباشر، وأن المباشر له الحق في الرجوع إلى السبب، مع العلم أن المباشر هو الذي باشر القتل والقطع في السرقة، فلا يحق للشخص المقطوع يده أن يرجع إلى الحاكم أو إلى جلاده باعتبار أنهما مغروران، وبعد ذلك هما يرجعان إلى الغار الذي هو الشاهد.

أما ما تقدم من دليل مفتاح الكرامة بقوله: (لمكان الاعتماد على اليد) إلى آخره، فلا يخفى ما فيه، إذ الاعتماد على اليد لولا ما ذكرناه لا يدل على ضمانه وحده بعد قاعدة اليد بالنسبة إلى الثاني، وقاعدة التلف أيضاً فيما إذا أتلفه بدون يد، كما إذا ألقى عليه حجراً فانكسر الزجاج وما أشبه.

ولا يمكن أن يقال: إن الروايات المذكورة وردت في مثل القتل وقطع اليد وما أشبه من الجروح والنفس، أما في المال فمقتضى القاعدة الرجوع إلى القواعد الأولية.

لأنه يقال: بوجود المناط، بل المناط الأولوي في المال كما لا يخفى على من راجع العرف.

لا يقال: المغرور يرجع إلى من غر، يقتضي الرجوع إلى المغرور أولاً وهو يرجع إلى من غر.

لأنه يقال: لا يستفاد منها أن الرجوع إليه أولاً، بل المستفاد منها أنه لو رجع إليه رجع هو إلى من غره، فاللازم أن نرجع إلى القواعد الأولية.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في الأقوال الثلاثة الأخر، وإن أطال المحقق

الرشتي في الاستدلال لها خصوصاً لما اختاره من التفصيل.

ولعل ذهاب المشهور إلى ما ذكرناه هو للمستند المذكور، وإن كانت كلماتهم لا تخلو من نوع غموض كما لا يخفى على من راجع الجواهر وغيره.

أما المضطر، فإذا لم يكن إنسان آخر في البين بأن كان الاضطرار بدون واسطة، فلا ينبغي الإشكال في الضمان على المضطر، ودليل رفع الاضطرار لا يدل على أكثر من رفع العقاب والحرمة ونحوهما، أما بالنسبة إلى الضمان فقاعدة الضمان محكمة، وهو مقتضى الجمع بين دليل الاضطرار ودليل حرمة أموال الناس.

ويؤيده ما ذكروه في أكل المخمصة، حيث يجوز له الأكل لكنه ضامن للقيمة.

وأما إذا كان شخص آخر في البين اضطره إلى ذلك، كما إذا أراد قتله فاضطر إلى الهرب مما سبب عطب حيوان أو إنسان أو مال أو ما أشبه، فلا يبعد أن يكون الضمان على المضطر لا على الهارب، وذلك لدليل «لا ضرر» بالتقريب الذي استدلوا به في باب خيار الغبن والعيب، كما تقدم تقريبه منا في هذا الكتاب وفي غيره.

ويؤيده ما دل على تضمين الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) لمن منع إنساناً ماءً حتى مات عطشاً[1]، كما ذكرنا رواياته في كتاب الديات، لأن الملاك في البابين واحد، وإن كانت المسألة بعدُ بحاجة إلى التأمل، والله سبحانه العالم.

ثم إن قولهم: «المغرور يرجع إلى من غر»[2]، انما يستقيم فيما إذا أخذ من

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢٧٢ الباب ٣٤ من نوادر موجبات الضمان ح٦.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من عيوب النكاح ح٦.

المغرور شيء، وإلاّ فلم يؤخذ من المغرور شيء حتى يرجع هو إلى من غر، بل المرجع أولاً وبالذات هو الغار.

ويدل عليه بالإضافة إلى القاعدة، جملة من الروايات:

مثل ما عن رفاعة بن موسى، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، إلى أن قال: وقد سألته عن البرصاء، قال: فقال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوّجها، وإنما صار عليه المهر لأنه دلسها، ولو أن رجلاً تزوج امرأة وزوجه إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها، لم يكن عليه شيء، وكان المهر يأخذه منها»[1].

وفي رواية إسماعيل بن جابر، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه فعلم بعدُ أنها غير ابنته وأنها أمة، قال: «ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه كما غر الرجل وخدعه»[2].

ومنه يظهر أن ما دل على الرجوع إلى الزوج، ورجوع الزوج إلى الغار، إنما هو فيما إذا كان الزوج قد دفع المهر قبلاً، لا أنه يكون المرجع ابتداءً، مثل ما عن أبي عبيدة، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: «إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان لها زمانة ظاهرة فإنها ترد على أهلها من غير طلاق، ويأخذ

(١) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص٦٠٢ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح١.

الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه»[1] الحديث.

ومثله ما عن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها، قال: «المهر لها بما استحل من فرجها، ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»[2].

ولذا قال الصادق (عليه السلام) في خبر داود بن سرحان، فالرجل يتزوج المرأة فتؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: «ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها»[3].

ومثل خبر الحلبي ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «في كتاب علي (عليه السلام): من زوج امرأة فيها عيب دلّسه و لم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها و لم يبين»[4].

وعن أبي الصباح، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فأتي بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: «ترد على من دلسها فيرد على زوجها الذي له، ويكون لها المهر على وليها، فإن كانت بها زمانة لا يراها الرجال أجيزت شهادة النساء عليها»[5].

---

(١) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٦ الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح١.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح٦.

(٤) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٨ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح٧.

(٥) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٩ الباب ٤ من أبواب العيوب والتدليس ح١.

وعن رفاعة بن موسى، قال: سألته عن المحدودة، إلى أن قال: «بلغني في امرأة برصاء أنه يفرق بينهما ويجعل المهر على وليها لأنه دلسها»[1].

إلى غيرها من الروايات الموجودة في باب العيوب والتدليس من النكاح من الوسائل والمستدرك وغيرهما.

بل ويدل على الرجوع إلى الغار ابتداءً لا إلى المغرور وهو يرجع إلى الغار: ما رواه أبو عمر السراج، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل توجد عنده السرقة، فقال: «هو غارم إذا لم يأت على بايعها شهوداً»[2].

قال في الوسائل في الباب التاسع من كتاب الغصب بعد هذا الحديث: (أقول: الظاهر أن المراد إذا أقام البينة على البائع رجع المشتري عليه بماله، وإلاّ فهو غارم ولا يرجع مع إنكار البائع)[3].

بقي أمران:

الأول: إن ميزان القوة والضعف في المباشر والسبب هو العرف، وأنه يرى أيهما أقوى فيكون الضمان عليه، وذلك لأنه لا دليل في الشرع على القوة والضعف، وإنما يجب أن يستفاد ذلك من دليل الغرور على ما ذكرناه، ومن دليل (على اليد) و(جزاء سيئة) وما أشبه مما تقدم في بعض المسائل السابقة، ولا ميزان للأقوائية والأضعفية حسب هذين اللفظين، وإنما حسب الأدلة الأولية، وإذا لم يعرف أن السبب أقوى أو مساو أو أضعف كان الأصل ضمان الذي

---

(١) الوسائل: ج١٤ ص٦٠٠ الباب ٥ من أبواب العيوب والتدليس ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٥ الباب ٩ من أبواب الغصب ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٥ الباب ٩ من أبواب الغصب ذيل الحديث١.

أتلف، لدليل من أتلف مال الغير وما أشبه.

وبذلك يظهر أن ما ذكره المحقق الرشتي محل نظر، قال: (الظاهر أن ميزان قوة المباشرة صدور الإتلاف مع القصد إلى كونه إتلافاً ومع الاختيار، فلو انتفى أحد الأمرين كانت المباشرة ضعيفة، من غير فرق في حال النوم وغيره فيضمن ولو مع السبب، وإلاّ كان مناط الضعف اقتران الإتلاف بالإذن الشرعي والرخصة الشرعية، فلو لم يكن كذلك كان السبب ضعيفاً، وهذا هو الأنسب لكلام القوم، وأنسب منه القول بكون المباشر أقوى مطلقاً حتى في صورة الإذن، بناءً على أن استثناء المغرور والمكره من تقديم المباشرة استثناء منقطع راجع إلى نفي استقرار الضمان عليهما لا إلى نفس الضمان) انتهى.

مع أنه غامض في الجملة كما لا يخفى.

الثاني: إنه إذا تساوى السبب والمباشر بأن نسب عرفاً إليهما، كان مقتضى القاعدة أنهما كالسببين في تقسيم الضمان عليهما، إذ لا وجه للرجوع إلى أيهما بكامل الأمر بعد أن لم يكن الدليل يشمل كل واحد منهما على استقلاله، فهما كالعلتين المستقلتين اللتين وردتا على معلول واحد، حيث إن لكل منهما نصف الأثر.

ومنه يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال: (قد ظهر أن في صورة تساويهما في القوة والضعف أنه التشريك، وسيأتي إن شاء الله في اجتماع السببين، لكن قد يقال بأن هذا الفرق مفقود بعد ما عرفت مما ذكرناه في ميزان القوة والضعف، لأن مقتضاه عدم وجود ضعف المباشر وهو مطلقاً، فضلاً عن مساواته مع السبب، ولعله لذا لم نجد في كلمات مشايخ الفقه التعرض لحكم التساوي).

أقول: لعله يظهر صورة التساوي من كلام التذكرة والمسالك والجواهر مما تقدم في مسألة الاشتراك في الإتلاف، أما احتمال أن يكون المراد من قولهم الضمان على المباشر إلاّ مع قوة ذي السبب أن الضمان على المباشر مطلقاً، إلاّ إذا كان ذو السبب أقوى، ففيه: إنه لا يمكن أن يكون مرادهم كلتا الصورتين من القسم الأول، أي من قولهم الضمان على المباشر، لأن المنصرف من المستثنى منه صورة أقوائية المباشر، ولو بقرينة ما ذكروه في غير المقام.

ثم إن المحقق الرشتي قسم أسباب الضمان إلى ثلاثة أنحاء قال:

(أحدها: ما يحكم به بمجرد وجود السبب في الخارج قبل وجود بقية أجزاء علة التلف في الخارج، وهذا الضمان ليس كالضمان باليد قبل التلف كما أشرنا إليه سابقاً، لأن أموال الناس وأنفسهم ليس في عهدة حافر البئر مثلاً عدواناً قبل حصول التلف في الخارج بسببه، بخلاف المال في اليد العادية، فإنه في ضمان ذي اليد فعلاً قبل تلفه.

ثانيها: ما يحكم به بعد وجود العلة قبل تحقق المعلول أو التلف كالضمان المحكوم به في حال العثرة الموجبة للوقوع في البئر قبل حصول الهلاك، فإنه على نحو آخر من الضمان يغاير الأول لقربه من التنجيز، أي تنجز اشتغال الذمة ببدل التالف، بل هو منجز حقيقة عرفاً، وهذا مثل ضمان اليد حين وجود العين بالنسبة إلى البدل لو تلفت لا بالنسبة إلى ردها.

وهذان الضمانان لا يتوقفان على جعل التلف الخارجي، وما ذكرناه سابقاً من أن السبب ليس سبباً للضمان بمجرده كما في اليد بل بشرط في أصل سببية حصول الإصابة والتلف الخارجي غير ناظر إلى هذين، بل إلى المعنى الآتي.

ثالثها: ما يحكم به تحقق التلف في الخارج وهو اشتغال الذمة ببدل التالف منجزاً)، إلى آخر كلامه.

لكن لا يخفى أن تثليث الأقسام ليس على ما ينبغي، لأن الدليل دل على «من أتلف»[1] وعلى «على اليد»[2] فالقسم الثاني من الضمان وهو قبل تحقق المعلول لا يصدق عليه أيهما، ولا دليل على الضمان بمجرد العثرة، يعني إنه بين العثرة وبين التلف لا ضمان وإنما الضمان يتحقق بالتلف.

وكيف كان، ففي مثل وضع الحجر الذي يوجب العثرة والوقوع في البئر مقتضى القاعدة أن الضمان على كليهما، سواء فعل الوضع والحفر في زمان واحد أو في زمانين، كان هذا متقدماً أو ذاك متقدماً، لأن المسبب ناشئ عنهما معاً، فمن أتلف وما أشبه يشملهما، ولا وجه لتقديم هذا على ذاك، أو ذاك على هذا.

فالقول بأنه يحال على المتأخر وجوداً، فكل من وضع الحجر وحفر البئر وكان هو المتأخر في الوجود يضمن به، كما حكي عن الفاضل الأصبهاني، وقال المحقق الرشتي: (إنه لا يخلو عن جودة ووجاهة، لأن السبب الأول لما توقف تأثيره على وجود السبب اللاحق صار كأنه غير سبب حقيقة في نفسه، وإن سببيته قد حصلت من وجود السبب الثاني، كحفر البئر في جنب الحجر الموضوع في الطريق، فإن مجرد وضع الحجر إذا فرض عدم سببيته

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١١ من كتاب الشهادات ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ الباب١ من كتاب العارية ح٥٠٤.

للتلف مطلقاً ولو أحياناً إلاّ بعد حفر حقيرة في جنبه صح سلب السببية عنه في نفسه) انتهى.

غير ظاهر الوجه، فإنه لولا الحجر لم يعثر، ولولا البئر لم يسقط فيعطب، فكلاهما سبب سواء تقدم هذا على ذاك في الوجود أو ذاك على هذا.

ومن هنا ظهر أن الوجهين الآخرين بالتضمين بالأسبق وجوداً في الخارج، وإن كان متأخراً في التأثير، كما حكي عن ظهور بعض فقرات عبارة التذكرة في ذلك، أيضاً غير ظاهر الوجه.

أما الحوالة على المتأخر تأثيراً، لأنه السبب القريب من الإتلاف الذي هو المضمن، فلا قائل به كما ذكره بعضهم.

والحاصل: إن العرف لا يرى فرقاً بين المتأخر والمتقدم من السببين، وبين معية السببين، كما إذا صار اثنان سبباً لقتل إنسان معاً، بأن جرحه كل واحد منهما جرحاً أديا إلى هلاكه، حيث لا فرق بين المتقدم والمتأخر والمتقارن.

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (لو أرسل في ملكه ماءً فأغرق مال غيره، أو أجج ناراً فيه فأحرق، لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختياراً مع علمه أو غلبة ظنه أن ذلك موجب للتعدي إلى الإضرار) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أنه مع صدق الإتلاف يكون ضامناً بدليل «من أتلف»، من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه، وبين العلم أو الظن أو الشك بالتعدي وعدمه، وبين عصف الهواء وعدمه، إلى غير ذلك، لأن «من أتلف» شامل لكل هذه الموارد، ولا حاجة في الضمان في باب الإتلاف إلى العلم أو التعدي أو ما أشبه، لإطلاق الدليل.

أما إذا لم يصدق الإتلاف، كما إذا أشعل ناراً لأجل طبخه حسب متعارفه، أو لأجل الدفء أو نحوه فعصفت الهواء فجأة فأطارت الريح النار إلى دار الغير فاحترقت أو نحو ذلك، فإنه لا يصدق على مثل هذا الإنسان أنه أتلف مال غيره.

كما أنه إذا ركب السفينة وأركب الناس والأموال فيها فعصفت الهواء فغرقت السفينة والأموال والناس، لم يكن هذا الإنسان صاحب السفينة ضامناً، لأنه لم يكن عرفاً متلفاً، وإنما التلف يستند إلى الهواء، وكذلك إذا أشعل في داره مصباحه فجاءت الفأرة وأخذت الفتيلة المشتعلة وذهبت بها إلى دار الجار فاحترقت، فإنه لا يكون ضامناً لأنه لا يسند إليه.

نعم إذا كان عالماً بهبوب الريح أو بمجيء الفارة أو بغرق السفينة ومع ذلك ذهب بالسفينة وأشعل النار محتاجاً أو غير محتاج إليها، فإنه يسند عرفاً إليه.

ولذا قال الجواهر: (والتحقيق كون المدار على صدق الإتلاف حقيقة ولو بالتوليد إن لم يكن إجماع على خلافه، من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه، وبين العلم أو الظن بالتعدي وعدمه، نعم لو كان ذلك من التسبيب لم يكن عليه ضمان ما لم يعلم التعدي، أو يغلب على ظنه ولو بكونه من شأنه ذلك، وبما ذكرنا يفرق بين تأجيج النار في العاصف، وبين تأجيجها بلا ريح، ثم يعرض الريح في الأثناء) انتهى.

وإن كان يرد عليه أولاً: إنه لا حاجة إلى غلبة الظن، بل الاحتمال العقلائي كاف، وإن كان الظن على خلافه، لأنه يعد متلف عرفاً، فإذا أجج النار وكان محتملاً أن تصل إلى دار الجار احتمالاً عقلائياً وإن كان مرجوحاً، كما ذكروا مثله في الخوف في باب الوضوء والصلاة والصوم والحج وغيرها، كان مقتضى القاعدة الضمان، لأنه يصدق عليه «من أتلف».

كما يرد عليه ثانياً: إن إطلاقه بقوله: (وبين تأجيجها بلا ريح ثم يعرض الريح في الأثناء) غير ظاهر، إلاّ أن يقال: بانصرافه إلى أنه لم يكن محتملاً عقلائياً تأجيجها بعروض العاصفة مثلاً. أما إذا كان محتملاً العصف بأن كان الوقت وقت العصف ولو كان احتمالاً واحداً في العشرة مثلاً كان مقتضى الأصل الضمان.

كما أنه كذلك فيمن يذهب بإنسان إلى محل يحتمل من العشرة واحداً أن يفترسه الأسد أو ما أشبه، فإن العرف يرون أنه هو السبب بعد احتماله احتمالاً عقلائياً وإن كان مرجوحاً واحداً في العشرة مثلاً، بل وأكثر، فإن العقلاء لا يقدمون على مثل هذا الاحتمال، فإذا كان في كل عشرين سيارة تذهب من

الطريق المخطور واحدة منها تسقط في الهوة أو تصطدم أو يسرق ما فيها بسبب قطاع الطرق، فإذا ذهب إنسان بجماعة من هذا الطريق وهو محتمل هذا الاحتمال وكان الاحتمال عقلائياً، كان سبباً عرفاً وألقي عليه الضمان وصدق عليه «من أتلف».

وبذلك ظهر وجه النظر في كثير من الكلمات، كقول المسالك:

(إذا أرسل في ملكه ماءً وأجج ناراً لمصلحته، فإن لم يتجاوز قدر حاجته ولا علم ولا ظن التعدي إلى غيره فحصل التعدي والإفساد على الجار، فلا ضمان على المباشر اتفاقاً لعدم التفريط، وأن الناس مسلطون على أموالهم[1]، وسببيته في الإتلاف ضعيفة بالإذن له من قبل الشارع في فعل ذلك في ملكه، فلا يتعقبه الضمان، وإن تجاوز قدر الحاجة وعلم أو ظن التعدي فاتفق فلا شبهة في الضمان لتحقق التفريط المقتضي له مع وجود السببية الموجبة للضمان.

وإن اتفق أحد الأمرين خاصة، إما التجاوز عن قدر الحاجة مع عدم ظن التعدي، أو عدم التجاوز عنه مع علم التعدي أو ظنه، ففي الضمان قولان:

أحدهما: وهو الذي جزم به المصنف هنا، والعلامة في القواعد والإرشاد: عدم الضمان لأنه فعل مأذون فيه شرعاً، فلا يتعقب الضمان، ولا يعد مثل ذلك تفريطاً، حيث لم يظن التعدي في الأول، ولا يجاوز حاجته في الثاني، لأصالة البراءة من الضمان.

والثاني: الاكتفاء في الضمان بأحد الأمرين، تجاوز الحاجة أو ظن التعدي، وهو اختيار العلامة في التحرير والشهيد في الدروس، لتحقق السببية الموجبة

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

له)، إلى آخر كلامه (رحمه الله).

فإنه يستشكل على جملة من الأدلة في الأقول التي ذكرها، مثلاً عدم التفريط، والناس مسلطون، لا يقاومان «من أتلف» و«من أعتدى» وما أشبه من الأدلة المقتضية للضمان، كما أن إذن الشارع لا ينافي الضمان للجمع بين الحقين، كما تقدم مثله في بعض المسائل السابقة، وقد ذكره الفقهاء في موارد جمة، والتي منها أكل المخمصة.

والإشكال على دليل «من أتلف» بأنه لم يرد من طرقنا، يرد عليه:

أولاً: إنه وارد في كتب الفقهاء، وأي فرق بين وروده في الكتب الفقهية أو الحديثية، خصوصاً وقد عمل به المشهور من أول الفقه إلى آخره.

وثانياً: إن في جملة من الروايات شاهد على ذلك، حتى إنه قال في حاشية الجواهر عند قوله: (الإنصاف ضرورة المفروغية من قاعدة من أتلف التي لهجت بها ألسنة الفقهاء في كل مقام، وربما كان في بعض النصوص إشعار بها) انتهى، ما نصه:

(راجع الوسائل الباب العاشر والحادي عشر والرابع عشر من كتاب الشهادات، والباب الخامس والسابع من كتاب الرهن، والباب التاسع والعشرين من كتاب الإجارة، والباب الثامن عشر من كتاب العتق الحديث الواحد والخامس والتاسع، والباب الاثنين والعشرين من أبواب حد الزنا الحديث الرابع، والباب الواحد من أبواب نكاح البهائم الحديث الرابع من كتاب الحدود) انتهى.

بل وكذا روى روايات تؤيد ذلك المستدرك في هذه الأبواب وفي غيرها، كما لا يخفى لمن راجع.

وثالثاً: إنا لا نحتاج إلى دليل «من أتلف» فقط، فإن «من أعتدى»، و«وجزاء سيئة»

و«من عاقب بمثل ما عوقب» وأشباه ذلك كلها تؤيد هذا الموضوع.

وعليه فإن نزل إطلاق محكي المقنعة والنهاية والمبسوط والسرائر من عدم الضمان إذا أشعلها في ملكه فحملتها الريح إلى غيره على ما ذكرناه فهو، وإلا كان في إطلاقهم نظر كما عرفت.

ومنه يعلم الحال أنه لو تسرب من حديقته الماء إلى دار الجار، أو من بالوعته أو ما أشبههما، فسبب الماء عطب سردابه أو حائطه أو غيرهما كان ضامناً، وإن كان قد أعطى الماء بقدر الحاجة و لم يعلم بالتسريب، لصدق «من أتلف»[1] وغيره، وعدم علمه وكونه في ملكه وأنه بقدر حاجته لا ينفع، بعد عموم دليل «من أتلف» وغيره.

والظاهر أنه في تأجيج النار وإرسال الماء إذا علم بأنه يسبب الحرق والغرق كان ضامناً، وأنه بالإضافة إلى ذلك يعاقب عليه، إذ لا فرق بين التأجيج عمداً في دار الجار، أو التأجيج في داره وهو يعلم بسراية النار إلى دار الجار ولو بسبب العواصف ونحوها.

وفي رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام): «إنه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم، قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ثم يقتل»[2].

كذا رواه الشيخ والصدوق، وفي المقنع مثله مرسلاً.

ولعل القتل من باب أنه مفسد، فهو مثل من شهر السلاح، حيث يدخل في قوله سبحانه: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتّلوا﴾[3] الآية.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٢١٠ الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٣) سورة المائدة: الآية ٣٣.

وكذا الحال فيمن حفر بئراً في داره أو حفر الأساس فسبب سقوط حائط الجار مثلاً.

أما روايات أن البئر جبار، فلا تشمل ما نحن فيه، وإن كانت متعددة.

فعن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «البئر جُبار، والعجماء جُبار، والمعدن جُبار»[1].

وعن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «كان من قضاء النبي (صلى الله عليه وآله) أن المعدن جُبار، والبئر جبار، والعجماء جبار، والعجماء بهيمة الأنعام، والجبار من الهدر الذي لا يغرم»[2].

وعن زيد بن علي، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «العجماء جُبار، والبئر جبار، والمعدن جبار»[3] الحديث، إلى أن قال: «والجُبار الذي لا دية ولا قود».

فإن هذه الأمور إنما تكون جباراً إذا لم يسند إليه التلف، بدليل الجمع بين هذه الروايات والروايات الأخر والتي تقدم بعضها، فهي مثل:

ما عن يونس، عن رجل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) إنه قال: «بهيمة الأنعام لا يغرم أهلها شيئاً»[4].

فإن المراد بأمثالها صورة عدم إسناد التلف إلى صاحب البئر والمعدن والبهيمة وما أشبه، وإلاّ فدليل «من أتلف» محكم، ولذا يضمن صاحب الدابة الصائلة والكلب إذا تعديا، إلى غيرهما، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك

(١) الوسائل: ج١٩ ص٢٠٢ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٢٠٤ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح٤.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص٢٠٤ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح٥.

(٤) الوسائل: ج١٩ ص٢٠٨ الباب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان ح١.

في كتاب إحياء الموات، وفي كتاب الديات.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في كلامي المسالك والتذكرة، قال الأول:

(ولو اتفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاورة فالحكم كما لو سرت إليها، إلاّ أن يكون أغصان الشجرة في هواء أرض موقد النار فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن، وإلاّ اتجه الضمان لأنه ليس له إتلافها مطلقاً، كما تقرر في موضعه.

وفي التذكرة أطلق عدم ضمانها متى كانت في هواء موقد النار، وضمانها إن لم يكن كذلك من غير تقييد بعلم التعدي أو تجاوز الحاجة، محتجاً أن ذلك لا يكون إلاّ من نار كثيرة، ولا يخفى ما فيه) انتهى.

إذ يرد على الأول: إن كون أغصان الشجرة في هواء أرض موقد النار لا يرفع ضمان إحراقها، بل له أن يرجع إلى الجار لقطعها أو عطفها، فإذا لم يقبل رجع إلى الحاكم، فإن لم يمكن الحاكم كان له الحق في القطع لا في الإحراق، إذ الإحراق إتلاف، بينما القطع إزالة المانع عن سلطته.

ومنه يعلم ما يرد على التذكرة، خصوصاً احتجاجه بأن ذلك لا يكون إلاّ من نار كثيرة، فإن العلة مع قطع النظر عن الإشكال في إطلاقها، إذ يمكن أن يكون ذلك من نار قليلة أيضاً، لا دلالة فيها على إطلاق الحكم الذي ذكره.

ثم إن دليل «لا ضرر» منصرف عن الأضرار المتعارفة التي يضر بها كل جار جاره، وكل شريك شريكه، كما أن قاعدة السلطنة[1] منصرفة إلى السلطنة المتعارفة لا فوق ذلك.

ففي الأول: المتعارف أن الإنسان يكنس داره ودكانه وأمام داره وأمام

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

دكانه وما أشبه، ويسبب شيئاً من إثارة الغبار حتى إذا رش الماء، وإثارة الغبار موجبة لتضرر المارة وما أشبه، فإنه لا يشمل «لا ضرر» مثل ذلك حتى يقال: لا حق له في الكنس لأن الجار أو المارة يتضررون بذلك.

وكذلك القراءة في البيت في الاحتفال أو في المأتم وما أشبه تؤذي الجيران بمجيء الناس ورواحهم، إلى غير ذلك من الأمثلة، فإن دليل «لا ضرر» لا يشمل مثل هذه الأمور.

وفي الثاني: قاعدة السلطنة لا تشمل مثل أن يخرج الإنسان الأصوات المزعجة للجيران من داره بسبب دق أو صياح أو ترفيع صوت الراديو والتلفزيون وما أشبه، كما لا يشمل جعل داره دكان خباز حيث ما يؤثر الحرارة على الدار الفوقانية أو على الجار أكثر من المتعارف في البيوت، أو أن ينصب في أرضه معملاً يسبب إزعاج حيطان الجيران، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فإذا شمل دليل السلطنة ولم يشمل دليل «لا ضرر»، أو شمل دليل «لا ضرر» ولم يشمل دليل السلطنة فلا إشكال، أما إذا تعارضا بأن كان السلطنة المتعارفة يوجب ضرراً غير متعارف للجار، كما إذا كان إشعال حمام داره يوجب ذهاب الدخان إلى دار جاره مما يزعجهم، وكان ذلك سلطنة متعارفة لا فوق التعارف، وكان الضرر ضرراً أكثر من المتعارف، فمقتضى قاعدة الجمع بين الحقين أن له أن يستفيد من سلطنته لكن عليه أن يتدارك الضرر، فإن في المقام يتعارض لا ضرران وسلطنتان، سلطنة صاحب الدار المشعل لحمامه، ولا ضرره بالنسبة إلى عدم إشعال حمامه، حيث إن عدم تصرف الملاك في أملاكهم في نفسه ضرر عليهم وحرج، وإن لم يكن مما يتضرر المالك بتركه مالاً أو بدناً، لأن وضع الملك شرعاً وعرفاً على

الانتفاع به بحسب الدواعي النفسانية، وحبس المالك عنه ضرر عليه، كما أن في الطرف الآخر وهو الجار دليل «لا ضرر» يحكم بأنه يحق له أن يمنع صاحب الحمام عن إشعاله، كما أن دليل سلطنته في عقده السلبي أن له أن يمنع الآخرين مزاحمة سلطنته، فإذا تعارض الدليلان من الجانبين يتساقطان، ويبقى بعد ذلك أن مقتضى الجمع بين الحقين أن له الحق في الإشعال كما أن عليه تدارك الضرر، كما ذكروا مثله في أكل المخمصة وغيره.

وبذلك تظهر وجوه المناقشة في كلام المحقق الرشتي حيث قال:

(التصرف المضر إن كان تركه مما يتضرر به المالك مالاً أو بدناً فلا إشكال في جوازه، لأن قاعدة حرمة الإضرار المستفادة من النواهي، وقوله (عليه السلام): «لاضرر ولا ضرار»[1] معارضة لمثلها في الجانبين، فبقي قاعدة السلطنة سليمة عن المعارض.

نعم في مراعاة أكثر الضررين وأهمهما كلام وتأمل، لكن الأظهر أن قاعدة الأهمية في تعارض الحقوق ملغاة في المقام، فلو كان ضرر المالك من ترك التصرف واحد، وضرر الجار أكثر جاز له التصرف أيضاً، إذ الضرورات تبيح المحظورات كائنة ما كانت، ودفع الضرر عن النفس والمال بحكم العقل والنقل من الضروريات التي لا يكافؤها شيء من المحظورات).

إلى أن قال: (هذا إذا كان التصرف مما يتضرر المالك بتركه، وإن كان لا يتضرر فإما يعلم بإضرار الغير أو يظن أو لا، وعلى التقادير إما أن يكون هناك أمارة التعدي والسراية أم لا، أما صورة العلم مع وجود الأمارة، ففي جواز التصرف حينئذ وعدمها وجهان مبنيان على ترجيح إحدى القاعدتين،

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات ح٣.

قاعدة السلطنة وقاعدة نفي الضرر على الأخرى، لأن المقام من تعارض القاعدتين، وقد يرجح القاعدة الأولى أعني قاعدة السلطنة بمثل ما ذكرنا في القسم الأول بناءً على ما ذكره العلامة في محكي بعض كتبه خلافاً لبعض العامة القائل بتقديم قاعدة «لا ضرر» وتحكيمها عليها، من أن عدم تصرف الملاك في أملاكهم في نفسه ضرر عليهم وحرج)، إلى آخر كلامه.

إذ أولاً: قد عرفت أن في كلا الجانبين كلتا القاعدتين، لا أن في جانب قاعدة وفي جانب قاعدتان.

وثانياً: إن مدخلية العلم والظن وما أشبه لا وجه له، إذ الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية بلا مدخلية للعلم والجهل والظن والشك فيها، نعم إذا ورد دليل ثانوي على ذلك كما في باب الخوف من الصوم والصلاة أخذ بذلك الدليل الثانوي، وليس في المقام دليل ثانوي.

وثالثاً: إنه لم يعرف وجه لقوله بإلغاء قاعدة الأهمية في تعارض الحقوق في المقام، فقاعدة الأهم قاعدة عقلية وشرعية جارية في كل الموارد، إلاّ إذا دل الدليل الخاص على خلافها، وليس المقام فيه ذلك الدليل الخاص، كما أنه (رحمه الله) لم يقم دليلاً على ذلك، إلى غير ذلك من مواضع النظر في كلماته في هذا الباب، كما لا يخفى لمن راجع كلامه.

(مسألة ١٣): قال في الشرائع: (لو ألقى صبياً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع).

أقول: ومراده الصبي الحر لا العبد، لأن العبد لا إشكال في ضمانه.

ولذا قال في القواعد: (ولو نقل صبياً حراً إلى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان إشكال)(١).

وعن التذكرة إنه قال: لو نقل صبياً حراً إلى مضيعة فاتفق سبع فافترسه فلا ضمان عليه، إحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته، و لم يقصد الناقل بالنقل ذلك، وفيه إشكال، أما لو نقله إلى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان لأنه قصد الإتلاف بالنقل، ففرق بينهما بقصد الإتلاف وعدمه.

لكن لا يخفى أن الفرق المذكور غير فارق، إذ التسبيب موجب للضمان وإن لم يكن قصد، بل ولو لم يكن اختيار أيضاً، كما ذكروا في كتاب الديات، وتقدمت الإشارة إليه لمثل ﴿وجزاء سيئة﴾ ونحوه، حيث إن الفعل سيئة وإن لم يقصد الفاعل السيئة، إذ القصد يجعل السوء والحسن فاعلياً، أما الفعل فهو سيء وحسن في نفسه، ولا ربط بين الأمرين.

وقد رد الإشكال المذكور في كلام العلامة جامع المقاصد بقوله: (وهذا الإشكال ليس بشيء بعد ما سبق في كلامه من أن الصبي إذا ألقاه في مسبعة فافترسه السبع ضمنه، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحية ووقوع الحائط على الرأي، فإن إلقاءه في مضيعة أقرب إلى توقع علة الهلاك من هذه الأخيرة، والأصح الضمان فيه وفي المجنون كما سبق) انتهى.

وحيث قد عرفت أن المعيار وجود التسبيب، فلا فرق في ذلك بين الصبي

---

(١) قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام: ج٢ ص٢٢٤. وفيه: (ولو نقل صبيا حراً إلى مسبعة...).

والمجنون وغيرهما إذا لم يكن قادراً على الفرار، لأن السبب صادق في ذلك.

أما قول التذكرة المتقدم: (إحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته) فلا يخفى ما فيه، إذ الحيوان ليس فاعلاً بالاختيار كالإنسان، فهو كما إذا أغرى كلبه بعقر إنسان ضمن.

بل قد تقدم هنا وذكرنا في الديات أيضاً، وذكروا هم أنه لو دعاه إلى مترله فعقره كلبه كان ضامناً، فكيف بما إذا أغراه أو تركه في مكان يأكله السبع، ولو كان الأكل غير مقطوع به، فيما يراه العرف سبباً الموجب لشمول أدلة السبب له.

ولذا قال في الجواهر: (نعم لا يضمن الكبير الذي يمكنه التحرز عادةً باتفاق إتلاف السبع له، لأن ذلك لا يعد سبباً في حقه، وإنما وقع بالاتفاق) انتهى.

ومن ذلك يظهر أنه لا وجه في الفصل بين الكبير والصغير بما هما، وإنما المعيار إمكان التحرز وعدمه، فربما كان صغيراً يمكنه التحرز، وربما كان كبيراً لا يمكنه التحرز، فالكبير والصغير في كلامهم من باب المثال.

وكيف كان، فما نقل عن الشيخ في مبسوطه من عدم ضمان الصبي الحر إذا ألقاه في مسبعة معللاً له بأن الحر لا يدخل تحت اليد، غير ظاهر الوجه، ولذا أشكلوا عليه بعدم انحصار الضمان باليد، إذ كما ذكرنا في أول هذا الكتاب أن الضمان قد يكون باليد، وقد يكون بمباشرة الإتلاف، وقد يكون بالتسبيب، وهنا من التسبيب.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المحقق الرشتي حيث دافع عن الشيخ بقوله: (إن هذا الجواب الذي أجابوا به عن الشيخ لا مساس له بكلام الشيخ

والعلامة، لأنهما يدعيان عدم تحقق التسبيب، ولذا خص الكلام بالصبي) انتهى.

إذ فيه مع التصريح بالعلة، كما ذكره الجواهر وغيره في كلام الشيخ، لا وقع لجواب الرشتي عن الجواب.

وحيث قد عرفت أن المعيار على التسبيب، فلا فرق بين جعل سبع عند الإنسان، أو إلقائه عند السبع، أو إلقائه في البحر، أو إلقاء عقرب أو حية عليه، أو الذهاب به إلى مكان العقارب والحيات، أو الإلقاء به في مكان أحاطت به النار مما يحترق، أو ما أشبه من الأسباب العرفية الموجبة لدخول العمل في التسبيب.

بل وكذا الحال إذا ذهب به إلى مسبعة فخاف مما سبب موته، فإنه هو السبب أيضاً، وكذلك إذا استمع صوت الأسد، أو فحيح الحية، أو ما أشبه فانخلع قلبه ومات خوفاً.

بل قد ورد في حديث إعطاء علي (عليه السلام) من قبل الرسول (صلى الله عليه وآله) دية خوف النساء[1]، حيث قتل خالد بن الوليد بعض الرجال فخفن النساء، في ذيل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلم لست مؤمناً﴾[2] الآية، وإن كان ذلك ليس محل شاهد كلامنا هنا، وإنما ذكرناه لبيان أن التخويف أيضاً سبب للضمان حسب هذه الرواية، وإن لم أجد المشهور يقولون به من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وقد ألمعنا إلى ذلك في كتاب الديات.

---

(١) كما في البحار: ج٢١ ص١٤١ و١٤٢.

(٢) سورة النساء: الآية ٩٤.

ثم إن ما ذكرناه من كلام الشيخ في المبسوط على ما نقله مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما ينافي ما نقله المسالك عنه، حيث قال: هذا إذا لم نقل بقول الشيخ إن موت الصبي المغصوب بسبب يوجب ضمان الغاصب مطلقاً، وإلاّ ضمن هنا بطريق أولى، إذ يظهر منه أن الشيخ له قولان في المسألة، قول هناك بالضمان، وقول هنا بعدم الضمان، ولا يخفى ما بينهما من التعارض.

أما إذا ألقى كبيراً في مسبعة يمكنه التحرز بصعود نخلة أو إطلاق رصاص على السبع أو ما أشبه، ثم رأيناه بعد مدة وقد قتل، فلم نعلم أنه لم يحترز عن السبع غروراً حتى افترسه، أو لم يحترز عنه ضعفاً مما شك بسببه في كون هذا الإنسان الملقي هل هو سبب أم لا، فقد سبق في بعض المسائل أن الأصل عدم السببية فلا ضمان، وكذا في أمثاله.

والمراد بافتراس الأسد ونحوه أعم من قتله، أو من نقص عضو منه، أو سبب مرض له أو ما أشبه، لأن الملاك في الكل واحد كما هو واضح.

(**مسألة ١٤**): قال في الشرائع: (لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً، ففي الضمان تردد، وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها، وكذا التردد لو غصب دابة فتبعها الولد).

وقال في القواعد: ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها، أو غصب دابة فتبعها الولد، ففي الضمان نظر.

ونقل النظر في مفتاح الكرامة عن (التحرير والإرشاد والكفاية والإيضاح، لأنه لا ترجيح في الإيضاح لأحد الاحتمالين، وكذا التذكرة لأنه استشكل في الفرع الثاني، ولم يذكر الآخرين).

قال: (ولم يذكر اللمعة إلاّ الأخير من دون ترجيح، وقرب في الدروس فيه الضمان، وفي الروضة: إنه أقوى. وفي غاية المراد: النظر في هذه الثلاثة ينشأ من عدم الاستقلال، فلا يتحقق الغصب، ومن أنه سبب في إتلافها، إذ لولاه لم يتحقق التلف، وإن كان لعلة أخرى خارجة، أي والضمان ليس منحصراً في الغصب، ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك، ثم قالا: والأولى أن يقال منشأ النظر الشك في كونه سبباً في التلف وعدمه لانتفاء المباشرة للإتلاف والغصب)[1] انتهى.

أقول: الظاهر الضمان، لأنه سبب عرفاً، فيشمله أدلة السبب.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (إنك قد عرفت كون السبب هو ما دلت عليه النصوص المزبورة، أو ألحق به لإجماع ونحوه، وما عداه فالأصل براءة الذمة من الضمان به، فالمتجه عدم الضمان حينئذ في المسائل المفروضة بعد فرض الشك في السببية الشرعية بالمعنى الذي ذكرناه، ولا يجدي كونها أسباب عرفية أو مشابهة لما في النصوص مما ذكر فيها الضمان به بعد حرمة القياس عندنا، وعدم الإجماع على الإلحاق، وعدم دلالة عرفية في النصوص

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٦٨ ــ ٦٩ ط الحديثة.

على وجه يندرج فيها) انتهى.

ولا بأس بكلام المحقق الرشتي في المقام، حيث فصل في المسألة قائلاً:

(لو فرض انحصار سبب الرضاع في مصاحبة الأم بأن كان إرضاع الطفل مع غصب الأم متعذراً ولو من الخارج، كان الغصب كحفر البئر في كونه إيجاداً لملزوم العلة، إذ المفروض عدم استناده حينئذ إلاّ إليه، لأن بقية أسباب الشبع كانت معدومة، فلا تصلح لإسناد عدم الجوع المتقوم بالارتضاع من الأم إلى تلك الأسباب، فنقول: إن هذا الجوع الشخصي المفروض يقوم عدمه بخصوص مصاحبة الأم نسبته إلى غصب الأم كنسبة الوقوع في البئر إليها من حيث استحالة وجوديهما الشخصيين بدون الغصب والبئر فتدبر. ولعل كلام الأصحاب في غير هذا الفرض، بأن كان الغصب في حال أمكن إرضاع الولد من الخارج وحينئذ فالإشكال في محله، بل الحق عدم الضمان كما أن الحق الضمان في ذلك الفرض بما قلنا) انتهى.

وإن كان في قوله: (متعذراً) و(أمكن) نظر.

(مسألة ١٥): قال في الشرائع: (لو فك القيد عن الدابة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق ضمن، لأنه فعل فعلاً يقصد به الإتلاف، وكذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار مبادراً أو بعد مكث ونحوه).

وفي مفتاح الكرامة: كما صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتذكرة والنافع والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية، وفي الأخير: إنه المعروف من مذهب الأصحاب، وظاهر التذكرة الإجماع على الضمان في فتح قفص الطائر سواء طار في الحال أو بعد مكث.

وحكى في الرياض عن المبسوط نفي الخلاف في الثلاثة.

وعن ظاهر التذكرة الإجماع في الثلاثة.

وفي المبسوط: إنه لو أهاج الدابة فشردت، أو الطائر فطار ضمن بلا خلاف إلاّ من العامة.

وفي التذكرة: إنه لو أهاج الطائر ضمن قولاً واحداً، وفي حكم خروج الطائر وثوب الهرة، ولو أفسد الطائر وغيره شيئاً بخروجه ضمنه، لأن فعل الطائر منسوب إليه) انتهى.

أقول: يدل على كل ذلك بالإضافة إلى الإجماع المدعى، وفي الجواهر بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، أن كل تلك الأمور من مصاديق السبب الذي اصطيد من الأخبار المتقدمة، بل والآيات السابقة مثل: ﴿من اعتدى﴾[1]، ونحوها.

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

نعم أشكل في الجواهر في فعل الطائر قال: (لا يخلو من نظر خصوصاً في مثل إتلاف الدابة بعد الفك في بعض الأحوال، ضرورة إمكان منع السببية الشرعية) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: إن الموارد مختلفة، ففي بعض الموارد ينسب فعل الدابة والطائر ونحوهما إلى السبب، وفي بعض الموارد لا ينسب إليه، كما إذا أطلق الدابة عن وثاقها فهربت إلى الغابة وبعد سنة مثلاً أفسدت شيئاً، فإنه لا يقال: إن هذا هو السبب، كما أن الأب الذي يولد المجنون إذا فعل المجنون شيئاً بعد عشرين سنة من الولادة مثلاً لا يقال إن الأب سبب.

ولو كانت الدابة في حال فك قيدها بنفسها فساعدها بما لو لم يساعدها هربت أيضاً، فهل هو ضامن باعتبار أنه هو الذي فعل ذلك، أو ليس بضامن لأن الشيء الذي أفسدته الدابة كان يفسد، سواء فك القيد أو لم يفك، الظاهر الضمان، لأنه السبب، فهو مثل ما إذا قتل إنساناً كان مشرفاً على الموت فلا يقال إنه كان يموت سواء قتله أو لم يقتله.

وكذلك إذا كسر آنية في وقت نزول الثلج من السماء بحيث إنه لو لم يكن كسرها كسرته الثلوج المتساقطة، فإنه هو السبب، وكذلك إذا أحرق ثوباً قريباً من النار بحيث إنه لو لم يحرقه لاحترق بعد لحظات لقرب النار منه.

ومثل ما تقدم الحال فيما لو أهاج الدابة فأفسدت شيئاً بلا شروط، أو الطائر فأفسد شيئاً، فهو مثل إغراء الكلب، حيث إنه ضامن لما أتلفه لقاعدة (من أتلف) وما أشبه مما تقدم.

قال في مفتاح الكرامة: ولو تلفت هذه الثلاثة بغير الجهة التي هي فعل

السبب كأن مات الطائر أو العبد المجنون أو الدابة فلا ضمان لعدم مدخلية السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان.

وتبعه الجواهر في ذلك.

ولو أطلق الدابة مثلاً ففعلت ما يوجب أجرة لصاحب الدابة، كما إذا سفد الذكر الأنثى والسفاد يوجب أجراً لصاحب الدابة، فالظاهر أن الفاك ضامن للأجرة، ولا شيء على من سفدت دابته، إذ لم يأمر بذلك، فهو كما إذا كنس إنسان دار إنسان آخر حيث لا شيء على الإنسان المكنوس داره، نعم ذكرنا في بعض المسائل عدم بعد اشتراك الطرفين في النتاج.

أما لو سبب الفاك سمن الدابة أو ما أشبه من المنافع المتصلة أو المنفصلة، فلا يبعد أن يكون الغاصب الفاك شريكاً للمالك، لأنه حصل من سعيه، ولكل امرئ ما سعى.

قال سبحانه: ﴿وأن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[1].

وفي كتاب التجارة في باب جواز بيع الأصول، عن هارون بن حمزة، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجذوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال: «له الحمل يصنع به ما شاء، إلاّ أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه»[2].

وفي رواية أخرى: «إلاّ أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه»[3].

---

(١) سورة النجم: الآية ٣٩.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح٢.

كما يؤيده ما رواه المستدرك، في نوادر ما يتعلق بأبواب كتاب الغصب، عن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء، وما نقص فهو على الغاصب»[1].

هذا كله من غير فرق بين أن يكون فك القيد عن الدابة أو عن العبد فشردت وأبق أو ما أشبه، عن عدوان أو عن عدم اطلاع وعلم، ولو ظن أن الدابة والعبد والطائر لنفس الفاك.

أما إذا كان ذلك من جهة شرعي، كما أن الدابة إذا كانت تموت إذا لم تفك، والعبد المجنون كان تلدغه الحية أو يأكله السبع مثلاً، أو الطائر يموت في القفص، فإن له الحق في أن يفعل كل ذلك، ولا ضمان عليه إذا لم يمكن جمع بين الحقين، كأن ينقل الدابة من هذا المكان إلى مكان آخر مقيدة، أو ينقل الطائر إلى مكان فيه ماء وعشب ويجعل القفص في ذلك المكان، حيث يتناول الطائر الماء والحب وما أشبه، إلى غير ذلك.

وذلك لأن معنى الإذن الشرعي بل الوجوب أنه غير ضامن، لا أنه يستدل لذلك بـــ ﴿ما على المحسنين﴾[2]، إذ قد تقدم أن ﴿ما على المحسنين﴾ لا يدل على عدم الضمان في كل مورد.

لا يقال: الدابة تفوت على المالك، سواء ماتت أو شردت.

لأنه يقال: لا يجوز إلقاء الدابة حتى تموت.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص١٤٧ الباب ٥ من أبواب الغصب ح٣.

(٢) سورة التوبة: الآية ٩١.

وكذا الإنسان والطائر وما أشبه، كما يستفاد من روايات الرفق بالحيوان، بل يمكن أن يقال: بضمان دية العبد إذا لم يفكه حتى مات، لأنه السبب عرفاً في موته.

ويؤيده ما رووه في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، عن عيسى (عليه السلام) ما مضمونه: إن تارك الجريح كالجارح[1].

ومارواه الجعفريات، بإسناده إلى علي (عليه السلام) قال: «قضى في الرجل استسقى أهل أبيات شعر ماءً فلم يسقوه حتى مات، فضمنهم علي (عليه السلام)»[2].

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام): «إنه قضى في رجل استسقى قوماً فلم يسقوه وتركوه حتى مات عطشاً بينهم وهم يجدون الماء، فضمنهم ديته»[3].

على ما رواهما المستدرك في نوادر ما يتعلق بأبواب موجبات الضمان.

ثم إنه قال الشرائع بعد حكمه المتقدم: (ولا كذا لو فتح باباً على مال فسرق، أو زال قيداً عن عبد عاقل فأبق، لأن التلف بالمباشرة لا بالسبب).

بل في الجواهر: (لم أجد خلافاً في الأول منهما، وإن أشعر به نسبته إلى المشهور في الكفاية، إلاّ أنا لم نتحققه، بل لعل الثاني أيضاً كذلك).

قال في مفتاح الكرامة: (أما أنه لا يضمن فيما لو فتح باباً على مال فسرق، فقد صرح به في النافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية)، ثم قال: (ووجهه أنه لم

---

(١) الوسائل: ج١١ ص٤٠١ الباب ٢ من أبواب الأمر والنهي ح٥.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢٧٣ الباب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح٤.

(٣) المستدرك: ج٣ ص٢٧٣ الباب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح٦.

يوجد منه إثبات اليد على مال ولا مباشرة إتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به).

أقول: مقتضى القاعدة الضمان في تلك المسألتين، أي فتح الباب وإزالة قيد العبد العاقل.

فعن الدروس: (ولو فتح باباً على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ، ونقل عن كل العامة عدم الضمان، ولا فرق بين كونه عاقلاً أو مجنوناً، آبقاً أو غير آبق، بالغاً أو صبياً) انتهى.

وعن العلامة في التذكرة قيّد العبد المذكور بما إذا لم يكن آبقاً، فإذا كان آبقاً كان في الضمان إشكال.

وعن جامع المقاصد والكفاية التقييد بما إذا لم يكن آبقاً، ولم يذكر الإشكال الذي ذكره التذكرة.

وعن الرياض، عن خاله الأستاذ الشيخ محمد باقر (رضي الله تعالى عنهما) إنه قال بالضمان، أو مال إليه في مسألة فتح الباب، لأن قوة المباشر لا ترفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه أيضاً، وهو نفي الضرر والإضرار، فلا يمتنع الحكم بضمانهما معاً، فيتخير المالك في الرجوع على أيهما شاء، كما هو الشأن في الأيدي المترتبة على الغصب.

ثم قال الرياض: لولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بالضمان في غاية القوة.

والظاهر لزوم القول بالضمان بعد أن لم يكن إجماع محقق في المسألة، ولو فرض وجود الإجماع لكان محتمل الاستناد، كما ظهر منهم من استنادهم إلى الأصل ونحو، وذلك لأن العرف يرى كلا الشخصين سبباً،

فيشمله: ﴿من اعتدى﴾[1]، و﴿جزاء سيئة﴾[2] وما أشبه، بل يأتي هنا ملاك من دعى غيره إلى داره فعقره كلبه، لأن الداعي والآتي كلاهما سبب، وملاك ضمان الطبيب والبيطار، فإن كل واحد من المريض الشارب والطبيب والمباشر للمريض المستعمل للدواء سبب عرفاً.

وفي الجواهر بين وجه إشكال التذكرة بقوله: (من حيث استناد فعله إليه، فكان مباشراً ومباشرته معتبرة لأنه عاقل، ومن حيث إن المالك قد اعتمد ضبطه فإطلاقه إتلاف عليه فكان كحلّ المجنون والدابة، فلا شك في صدق السببية، وليس هناك مباشر يمكن أخذ الحق منه، وكونه قادراً على التحفظ مع عدمه لا ينفع، وهذا أقوى لمكان التسبيب، كما يأتي في غصب الحر مع صدق التصرف في أموال الغير، ولأنه بهذه العادة قد أشبه الدابة ونحوها)، ثم قال: (وفيه: إنه مناف لقاعدة تقديم المباشر على السبب).

أقول: ما ذكره من المنافاة غير ظاهر الوجه، إذ تقديم المباشر على السبب ليس نصاً، وإنما مستفاد من الأدلة، وقد عرفت أن مقتضاها ضمان كليهما كما ذكره الرياض وخاله، ولذا قال الجواهر أخيراً: (وقد يستأنس للضمان بما ورد من الضمان بإطلاق الغريم)، والظاهر أنه أشار بذلك إلى ما رواه حريز، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فوقع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، قال (عليه السلام): «أرى أن يحبس الذي خلص القاتل من أيدي

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة الشوري: الآية ٤٠.

الأولياء، حتى يأتوا بالقاتل»، قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن، قال: «وإن مات القاتل فعليهم الدية، يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول»[1].

بل وربما يؤيده أيضاً ما ورد: من أن الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) طلب إنساناً كان قد فعل حراماً، ولما جاء بعض شرطة الإمام بذلك الإنسان أطلقه شخص آخر، حيث إن الإمام أراد عقوبة الذي أطلقه لولا أنه درها بحسنة.

بل ربما يستأنس له أيضاً بما ورد في حكم من مضى ليغيث مستغيثاً فجنى في طريقه[2]، وأن الجناية على المستغيث كما ذكره الوسائل في كتاب الديات، فتأمل.

قال في الشرائع: (وكذا لو دل السارق) أي لا ضمان.

أقول: قد اختلفوا في ذلك، فظاهر المشهور أنه لا ضمان.

وفي مفتاح الكرامة: إنه (خيرة النافع والتذكرة والدروس وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك.

وفي الكفاية: إنه المشهور.

وفي المسالك: إنه ظاهر الأصحاب)[3].

لكن عن الإرشاد أنه يضمن، وعن المقدس الأردبيلي أنه قال بالضمان، أو مال إليه.

وفي التحرير استشكل في عدم الضمان.

ثم قال: (الكل قد عولوا على الشهيد، وقد عرفت أن المصرح بالعدم قبله اثنان لا ثالث لهما، بل أحدهما في أحد أقواله. نعم قد يظهر ذلك من فخر الإسلام ... فكان قول الأستاذ بالضمان في هذه

---

(١) الوسائل: ج١٩ ص٣٤ الباب ١٦ من أبواب قصاص النفس ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص١٩٧ و١٩٨ الباب ٢٨ من أبواب موجبات الضمان ح١.

(٣) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٥٨ ط الحديثة.

الصورة أيضاً كما في الإرشاد غير مخالف للإجماع، كما استظهره ابن أخته، ولو كان الحكم بالعدم إجماعياً لجزم به في الدروس وما قال على الأقوى)[1]، إلى آخر كلامه.

وفي الجواهر: إن قاعدة تقديم المباشر على السبب المعلومة عندهم تقتضي كون الضمان على السارق.

لكن فيه: ما عرفت من أنه لا دليل بهذا اللفظ، وإنما الأدلة الآيات والروايات التي اصطيدت منها هذه القاعدة، فالمرجع هي لا القاعدة المصطيدة، ولا فرق في قوله سبحانه: ﴿وجزاء سيئة﴾[2] و﴿من اعتدى﴾ والروايات المتقدمة بين نفس السارق وبين من دل السارق، وأولى منه لو دل السبع على إنسان فافترسه، أو دل السلطان على ذي مال فاغتصبه أو ما أشبه ذلك، فإن مقتضى القاعدة الضمان في الكل، وأن المالك مخير في الرجوع إلى السارق أو الدال، والسلطان أو الدال، إلى غير ذلك من الأمثلة.

نعم لو دل إنساناً على امرأة عفيفة فزنى بها، لم يكن على الدال المهر، لأصالة العدم بعد كون الأدلة تدل على أن المهر على الواطي لانتهاكه البضع.

ومثله ما لو خدع إنساناً فأتى به إلى سارق أو إلى غاصب أو إلى سبع أو ما أشبه، حيث إن الأدلة العامة والملاك في الروايات المتقدمة يشمل كلتا طرفي المسألة، وكذلك الحال إذا خدع إنساناً بأن البحر غير عميق فدخل فيه وهو لا يعرف السباحة فغرق، أو خدعه بأن المكان خال عن الأسد والسبع واللص فدخله فافترسه الأسد أو قتله قاتل أو سرق ماله السارق، فإن في كل هذه

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٥٩.

(٢) سورة الشورى: الآية ٤.

الصور مقتضى القاعدة الضمان، بل يشمله أيضاً دليل الغرور على ما تقدم، فتأمل.

وفي المسالك بعد مسألة دلالة السراق قال: (ولا إشكال في ضمانه لو كان مستأمناً على المال، فإنه يضمن من حيث التفريط فيه، وإن تخير المالك في الرجوع عليه وعلى المباشر) وهو كما ذكره.

قال في الشرائع: (ولو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ضمن إذا لم يكن يحبسه إلاّ الوكاء، وكذا لو سال منه ما ألان الأرض تحته فاندفع ما فيه ضمن، لأن فعله سبب مستقل بالإتلاف، أما لو فتح رأس الطرف فقلبته الريح أو ذاب بالشمس ففي الضمان تردد، ولعل الأشبه أنه لا يضمن، لأن الريح والشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب) انتهى.

قال في الجواهر: في المسألة الأولى بلا خلاف، كما عن البسوط والسرائر، بل ولا إشكال مع فرض كونه مطروحاً على الأرض ضرورة كونه مباشراً للإتلاف أو بحكمه.

أقول: لا حاجة إلى فرض كونه مطروحاً على الأرض، إذ إنه مباشر للإتلاف أو بحكمه في كلتا الصورتين، وكذلك الحال فيما لو أزال وكاء الظرف فتبخر ما فيه كما في بعض الأشياء التي تتبخر بإزالة الوكاء كالغاز ونحوه.

وقال في الجواهر في المسألة الثانية فيما لو ألان الأرض تحته: (بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، لأن فعله سبب مستقل بالإتلاف، إذ السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح، وهو مما قد يقصد به ذلك، ولعله

بمعونة فتوى الأصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص السابقة أو يندرج فيها).

أقول: قد عرفت أن إطلاقات الأدلة وملاكاتها تشمل مثل ذلك أيضاً، فلا حاجة إلى معونة فتوى الأصحاب كما ذكره.

قال في القواعد: ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط، أو ذاب بالشمس ففي الضمان إشكال، ينشأ من ضعف المباشر، ومن أنه لا يقصد بفتح الزق تحصل الهبوب.

وقال في مفتاح الكرامة: (قد استشكل أيضاً في الإرشاد والتحرير، وفي الكفاية إنه أقرب في صورة انقلابه بالريح، ولا ترجيح فيها في صورة إذابة الشمس، وفصل في المبسوط فحكم بعدم الضمان بحدوث الريح وقلبه له نافياً عنه كابن زهرة في الغنية الخلاف وبالضمان في اشراق الشمس عليه)، إلى آخر كلامه.

وعن التذكرة في الفرق بين الهبوب والشمس قائلاً: (لأنها مما يعلم طلوعها فيكون الفاتح له معرضاً ما فيه للشمس، بخلاف هبوب الريح الذي هو غير منتظر ولا متوقع، فالهلاك حينئذ لم يحص بفعله، وليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض، ففعله غير ملجئ، والأمر الحادث مباشر فلم يتعلق الضمان بفعله، فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق) انتهى.

وأنت خبير بأن مقتضى القاعدة الضمان في كلا المكانين، لأن هذا هو السبب الذي يشمله: ﴿من اعتدى﴾[1]، سواء قصد أو لم يقصد، إذ قد تقدم

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

في أول الغصب أن الاعتبار ليس بالقصد، وإنما بإسناد الفعل إليه، فإن كان قاصداً فعل حراماً بالإضافة إلى ذلك، وإن لم يكن قاصداً كان عليه الضمان، إذ الضمان حكم وضعي تابع لإسناد التلف إليه.

ولا إشكال في إسناد التلف عرفاً، ولذا كان المحكي عن الفخر في شرح الإرشاد، وغاية المراد والدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك الحكم بالضمان، لأن فعله سبب تلفه.

ومنه يعلم أن انتصار الجواهر للشرائع بقوله: (للشك في السببية المزبورة شرعاً على وجه يترتب عليها الضمان، خصوصاً بعد عدم تعارف قصد الإتلاف بالفتح بتوقع الهبوب والأصل البراءة)، إلى أن قال: (لأن المدار على السبب الشرعي المستفاد من النصوص المزبورة، أو ما يلحق به بإجماع ونحوه، والمقام ليس كذلك، خصوصاً في مثل حدوث الريح الذي جزم بعدم الضمان فيه في محكي المبسوط)، إلى آخر كلامه محل إشكال لوضوح أنه لولا الفتح لما ضاع ما فيه.

ولذا يسند العرف ذلك إليه، وما ذكره التذكرة من الفرق غير ظاهر الوجه، إذ التوقع وعدم التوقع وما أشبه لا مدخلية لها في الضمان وعدمه، بعد كون الضمان بسبب صدق «من أتلف» عليه، فإنه متلف لما في الزق ونحوه.

ولذا قال في المسالك: والوجه الضمان في الجميع.

ثم قال المسالك: (ويأتي الوجهان فيما إذا أزال أوراق الكرم وجرد عنها عنقودها للشمس حتى أفسدها، ولو فرض في الجامد مجيء آخر فقرب منه ناراً حتى ضاع وذاب، فوجهان، أحدهما أنه لا ضمان على أحدهما.

أما الأول: فلأن مجرد الفتح لا يقتضي الضمان.

وأما الثاني: فلأنه لم يتصرف في الظرف ولا في المظروف، وأظهرهما وجود الضمان على الثاني، لأن تقريب النار منه تصرف فيه بالتضييع والإتلاف) انتهى.

لكن اللازم القول بضمانهما، فهو مثل مسألة من حفر بئراً ووضع الآخر حجر عثرة قرب حافة البئر، إلى غير ذلك من الأمثلة، وقد تقدم في تلك المسألة ضمانهما، فإنه لولا الفتح لم يضع، ولولا تقريب النار لم يضع، وإنما ضاع بسبب الأمرين.

ومنه يظهر وجه قول المسالك بعد ذلك: (والوجهان جاريان فيما إذا كان رأس الزق مفتوحاً فجاء إنسان فقرب منه النار، والأصح هنا ضمان المقرب أيضاً، ولو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن كمسألة الظرف، فإن غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره فالوجهان).

أقول: الوجه في الجميع الضمان كما عرفت، ومثله ما لو فتح أحدهما رباط السفينة وجاء آخر فدفعها إلى وسط البحر مما سبب الغرق، فإن كليهما ضامنان لاشتراكهما في المسبب، وكذا ضمانهما لو فرض أن أحدهما فتح رأس الزق وجاء آخر فأسقطه.

وفي الجواهر: (ولو فرض مجيء إنسان فأسقطه فلا شبهة في كون الضمان عليه، لأنه مباشر أو كالمباشر في القوة من الأول، بل الظاهر ضمان الأخير فيما لو فتح رأسه وأخذ ما فيه في الخروج ثم جاء آخر ونكسه، وإن احتمل اشتراكهما في ضمان الخارج بعد النكس، إلاّ أن الأول أصح، ضرورة كون

الثاني المباشر أو بحكمه) انتهى.

وفيه: إن مقتضى القاعدة الاشتراك، لأن كل واحد جزء سبب، فلولا فتح الأول لم يرق، كما أنه لولا إسقاط الثاني له وتنكيسه لم يرق أيضاً.

ولو قال إنسان لآخر: إن ما في الزق جامد ففتح رأسه فأريق ما فيه، كان الضمان على الغار، لما عرفت في مسألة الغرور.

ولو وضع أحدهما الشوك في طريقه فدعاه آخر فانجرحت رجله وما أشبه ضمن أيضاً، لأن كليهما سبب لهذا المسبب ولا أولوية.

وكذلك الحال لو جاء أحدهما بكلبه العقور ودعاه آخر، فإن كليهما سبب، إذ لو لا الكلب لم يعقر، ولو لا الدعوة لم يعقر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والحاصل: إن المعيار رؤية العرف السببية، وشمول من أتلف و﴿جزاء سيئة﴾[1]، و﴿من اعتدى﴾[2] وما أشبه من الأدلة السابقة.

نعم لو شك في مورد في الضمان كان الأصل عدم الضمان.

ولذا قال في الجواهر: (بعدم الضمان فيما إذا لم يعلم أصل كون التلف به، كما لو وجد دابة مثلاً ميتة في البئر المحفورة عدواناً، ولم يعلم أنها ماتت في الخارج ثم رميت به أو بترديها به، أما لو علم مدخليته في التلف ولكن لم يعلم مباشرة غيره معه على وجه يرتفع الضمان معها، فقد يتوهم الحكم بضمان ذي السبب حينئذ لأصالة عدم الغير، لكن لا يخفى عليك أنه من الأصول

---

(١) سورة الشورى: الآية ٤.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

المثبتة بعد ما عرفت من ظهور النصوص في اعتبار كون العطب به خاصة الضمان فلاحظ) انتهى.

لكن ربما يقال: إنه إذا كان سبباً كاملاً كان اللازم أن يكون عليه الضمان، لأن احتمال وجود سبب آخر حتى يسبب تنصيف السبب على معلوم السببية الأصل عدمه، فهو كما إذا علمنا أن زيداً رمى المقتول بسهم والسهم يقتله إذا كان وحده، ثم شككنا في أنه هل هو الرامي وحده، أو كان معه غيره، فإن كون سبب آخر أيضاً الأصل عدمه، فمقتضى القاعدة ضمان السبب المعلوم.

وكذا إذا أعطاه الطبيب دواءً فمات، وعلمنا بأنه مستند إلى الدواء في الجملة، لكن لم نعلم هل أنه مستند إلى الدواء في الجملة، أو أنه مستند إلى الدواء كلية، بأن احتملنا أن يكون هناك سبب آخر غير الدواء اشترك مع الدواء في قتل هذا الإنسان، فإن مقتضى القاعدة أن يكون الضمان على الطبيب.

وكذلك إذا شهد شاهدان عند الحاكم بالسرقة فقطع يده، ثم شككنا في أنه هل كان هناك أربعة شهود حتى توزع الدية بين الجميع، أو كان هنالك شاهدان فقط، فإن مقتضى القاعدة تضمين الشاهدين فقط، لأصالة عدم شاهدين آخرين يستند الحكم إليهما، وليس ذلك من الأصل المثبت، بل من التمسك بإطلاق دليل السببية التي لم يعلم مشاركة غيرها معها فتأمل.

وكذلك الحال إذا أعطاه دواءً مهلكاً ثم مات، وشككنا في أنه هل مات بهذا الدواء المهلك، أو مات بسكتة قلبية مثلاً، فإن مقتضى القاعدة ضمان معطي الدواء.

وكذلك إذا رماه بسهم فلم نعلم هل أنه مات بهذا السهم، أو مات بالسكتة القلبية مصادفة لإطلاق السهم، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(**مسألة ١٦**): قال في الشرائع: (ومن الأسباب) أي الأسباب الموجبة للضمان على نحو ضمان الغصب (القبض بالعقد الفاسد) انتهى.

وذلك كعقد البيع ونحوه من العقود الموجبة لانتقال الضمان إلى القابض.

وفي مفتاح الكرامة: كما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما في الكفاية.

وفي المسالك: إنه موضع وفاق، وبالضمان صرح في المقام التذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد.

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه.

أقول: نعم عن المقدس الأردبيلي التأمل في ذلك، قال: لأن دليله القاعدة المشهورة، وهي أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس، وقال: إن ذلك غير واضح، وكذا «على اليد ما أخذت».

أقول: أما قاعدة ما يضمن، حيث إنها قاعدة مصطيدة يجب أن نرجع إلى مدركها، وحيث إن الكلام في هذه القاعدة وفي عكسها محله كتاب البيع، كما ذكره الجواهر والمكاسب للشيخ الأنصاري وغيرهما، فلندع الكلام فيها إلى هناك.

وأما الأدلة الأخر التي استدل بها لهذا الحكم، فهي كافية لقول المشهور، مثل «على اليد ما أخذت»[١]، و«من أتلف مال الغير فهو له ضامن»[٢]، ومثل الرواية المروية متواتراً: «واحترام ماله كاحترام دمه»[٣].

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ من كتاب العارية ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ من كتاب العارية ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص١٠ من كتاب القصاص في النفس ح٣.

وقد قربه المحقق الرشتي بقوله: (إن بناء المعاوضة على إقدام المتعاقدين على إدخال العوضين في ضمانهما، فالبائع مقدم على إدخال الثمن في ضمانه والمشتري على إدخال المبيع، فلم يتحقق ما يرفع قاعدة احترام مال المسلم مع فساد العقد في الواقع، فالاستناد إلى الإقدام يرجع حقيقة إلى الاستدلال بقاعدة الاحترام مع رفع توهم تراضيهما على عدمها، فإن القبض بالعقد الفاسد ولو مع العلم لا يندرج تحت الأيادي المرفوع عنها الضمان، لأن رفع الضمان إما يحصل بإذن الشارع وعدمه معلوم في المقام، وإما من المالك فكذلك، وتوهم أن الإقباض مع العلم بأنه لا يسلم له العوض تسليط على ماله مجاناً، واليد المتفرعة على مثل هذا ليست ضامنة، جوابه أنه إن أريد بأن العلم بعدم سلامة العوض شرعاً رضي منه بخروج المال عن كيسه مجاناً، ففيه: منع واضح، وإن أريد به ما لا ينافي كون التسليم مبنياً على دخول المال في ضمان المتسلم، فلا يؤثر في دفع الضمان، فإن دفع المال إلى الغير بعوض ليس تسليطاً عليه مجاناً، ولو كان العوض غير ثابت في الشرع مع علم الدافع، فلم يحصل ما يرفع حكم اليد، واحترام مال المسلم) انتهى ملخصاً.

بل يمكن أن يستدل لذلك بمفهوم صحيح زرارة، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعة الذهب والفضة، قال: فقال: «كل ما كان من وديعة و لم تكن مضمونة لم تلزم».

فإن مفهومها أنها إذا كانت مضمونة فهي لازمة، والمقام مضمونة، سواء علما أو جهلا، أو علم أحدهما دون الآخر.

ومنه يعلم أن قول الجواهر بأنه يمكن الجزم بأن القاعدة وجه الإجماع غير ظاهر الوجه.

ثم لا يخفى أن مرادهم ما كان العقد فاسداً، لا ما إذا كان ركنا العقد غير صالح للملكية كالخمر والخنزير وما أشبه، إذ مثل ذلك ليس قابلاً للملك بالنسبة إلى المسلم حتى يتكلم حوله، فلا ضمان قطعاً.

وحيث قد ذكرنا مكرراً مسألة ما لو كان الطرفان مسلمين، أو كافرين، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً في متفرق الأبواب، فلا داعي إلى تكرارها هنا.

ثم قال الشرائع: والقبض بالسوم، فإن القابض يضمن.

وفي الجواهر عن الأكثر، بل المشهور كما في المسالك وغيرها، خلافاً للمحكي عن موضع من السرائر والمختلف والإيضاح ومجمع البرهان، بل في المسالك والكفاية، وهو متجه للأصل بعد كون القبض المزبور بإذن المالك فيكون أمانة كالوديعة، وقد ذكر ذلك في مفتاح الكرامة أيضاً.

وقال في القواعد: في الضمان بالسوم إشكال.

وعلق عليه المفتاح بقوله: ينشأ من أنه بإذن المالك، فيكون أمانة كالوديعة والأصل البراءة، ومن أن الإذن لا تقتضي الأمانة، مع عموم قوله (صلى الله عليه وآله): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[١]، وقد قبض لمصلحة نفسه.

وكيف كان، فالأقرب هو المشهور، لقاعدة اليد، وقاعدة من أتلف مال الغير[٢]، ومفهوم الرواية السابقة.

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٩ الباب ١١ من كتاب الشهادات ح٢.

أما استدلال غير المشهور بأنه بإذن المالك فيكون أمانة كالوديعة، فيرد عليه أنه لم يكن بإذن المالك بدون ضمان، بل بإذنه بضمان.

ولذا قال في الجواهر في رده: (وفيه: منع اقتضاء ذلك عدم الضمان حتى في مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهرة على الضمان فيه، بل ربما أرسلوه إرسال المسلّمات، بل المحكي عن كثير حتى المختلف والإيضاح والمسالك ومجمع البرهان التصريح بالضمان فيما إذا دفع البائع لعبد كلي موصوف عبدين للمشتري ليتخير فأبق أحدهما، إلحاقاً له بالمقبوض بالسوم إن لم يكن منه) انتهى.

وقد أخذ ذلك من مفتاح الكرامة.

وبذلك يظهر وجه النظر في تقريب المحقق الرشتي عدم الضمان، حيث قال: (إن عدم الضمان لا يخلو عن قوة، لأن أدلة الائتمان الواقع للضمان شاملة لمثل المقام وضعاً، إذ ليس معناه قول القائل: جعلناك أميناً أو وكيلاً أو ما أشبه، بل معناه أخذ الشخص أميناً مأموناً والاعتماد عليه، وإن لم يكن في ضمن عنوان من العقود الإذنية)، ولذا رده (رحمه الله) بنفسه بعد ذلك بقوله: (اللهم إلاّ أن يدعى اختصاصها في المتصرف بغير الاستيمان المتوقع معه المعاوضة، نظراً إلى كونه في حكم الإذن بعد حصول المعاوضة) انتهى.

نعم، لا إشكال ولا خلاف في الضمان فيما إذا كان المأخوذ بالسوم قد تعدى فيه المشتري أو فرط على كل حال، كما أنه لا إشكال في عدم الضمان فيما إذا قبضه في السوم بأن لا يكون فيه ضمان إذ أتلف مثلاً، فإنه لا ضمان لانتهاك المالك احترام ماله لقبوله قول الشارط، فلا يشمله قوله: «احترام ماله كاحترام

دمه»، ولا «على اليد»، ولا «من أتلف»، ولا غير ذلك من الأدلة العامة.

ثم المراد بالسوم: الشراء، تشبيهاً له بالسوم في الغنم السائمة، لمشابهة تأمل المشتري ونظره وتفكره في وجوه خسران الشراء ومنافعه بحركة الدابة شيئاً فشيئاً على وجه التأني والبطء في تحصيل الرزق والعلوفة، ولذا يطلق إلى النظر السوم.

قال الشاعر:

ولقد هزت مع الغواة بدلوهم

وأسمت سرح اللحظ حيث أساموا

وبلغت ما بلغ امرئ بشبابه

فإذا عصارة كلّ ذاك آثام

والباء فيه بمعنى اللام للغاية أو للسببية، كقولك: المقبوض بالبيع وبالصلح ونحوه، تتريلاً للشراء المتوقع بمترلة المحقق.

وكيف كان، فقد قال في الجواهر تبعاً لغيره وتبعه غيره: (ومنه يعلم عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبّر عنه بالسوم، بل المراد منه الأعم من ذلك، وهو كل مقبوض ليكون مضموناً عليه حينئذ، فيندرج فيه قبض المرأة المال ليكون مهراً، والرجل ليكون عوض خلع ونحو ذلك، لاتحاد المدرك في الجميع) انتهى.

وهو كما ذكره، لأن الأدلة السابقة كلها آت في أمثال ذلك كله.

قال في الشرائع: وكذا استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة سبب لضمان المثل.

أقول: وذلك للأدلة المتقدمة، كعلى اليد، ومن أتلف، واحترام ماله، وغير ذلك، بل يشمله قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وإن كان قد عرفت الإشكال فيها في المسألة السابقة من جهة عدم كونها دليلاً مستقلاً، إلاّ

أن يدعى الإجماع على ذلك كما ادعوه، و لم يعلم استنادهم فيها إلى الأدلة المذكورة.

وقد نقل مفتاح الكرامة الضمان في استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة، عن الإرشاد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والدروس، ثم قال: (بأجرة مثلها كما في الستة الأول، ولعله المراد من الأخيرين، ويحتمل أن يكون أرادا أقل الأمرين من هذا ومن المسمى).

ولذا قال في الجواهر: (أو الأقل من أجرة المثل ومن المسمى، بلا خلاف أجده فيه) انتهى.

لكن من المحتمل لزوم أجرة المسمى مطلقاً، سواء كانت أقل أو أكثر أو مساوياً، حيث إن الإجارة لما فسدت كان اللازم بدليل «على اليد» و«من أتلف» وأصالة احترام مال المسلم، وغيرها الشيء المقابل له واقعاً، وحيث قد ذكرنا المسألة في كتاب الإجارة فلا داعي إلى تكرارها.

وقد ظهر بذلك أن استيفاء المنفعة الموجب للضمان لا يختص بالإجارة الفاسدة، بل حال غيرها في ذلك حالها، كما إذا استوفت منفعة المهر في النكاح الفاسد، ومنفعة عوض الخلع الفاسد، ومنفعة الشيء في الصلح الفاسد إلى غير ذلك، لوحدة الملاك في الجميع.

وإلى ذلك أشار المحقق الرشتي بقوله: (ليس في عنوان شيء من الأدلة خصوص القبض بالسوم، بل هو مذكور في كلامهم مثالاً للقاعدة، وهي كل قبض مرجو معه المعاوضة أو شبهها) انتهى.

بل ينبغي أن يكون الأمر كذلك فيما إذا سكن وقفاً ليس له سكناه، سواء

كان تحريراً كالمسجد إذا سكنه بعنوان الدار والدكان وما أشبه، أو وقفاً ذرياً أو وقفاً خاصاً كالحسينية والمدرسة والمكتبة وما أشبه، فإن اللازم أن يعطي قدر إيجارها.

ثم لا يبعد أن لا يكون للقبض مدخلية، بل الأمر كالقبض، كما إذا أمر المشتري البائع أن يضع المتاع في مكان خاص فوضعه حسب أمره، وكذلك إذا أمره بأن يعطيه لطفل أو يرسله بيد حيوان أو آلة أو يعطيه بيد خادمه أو ما أشبه فتلف، فإنه ضامن لقاعدة احترام المال، بل «من أتلف» يشمله أيضاً باعتبار السببية.

نعم لا يشمله اليد إلا إذا كان استيلاءً وقلنا بأن الاستيلاء أيضاً يد، كما تقدم بعض الكلام في ذلك.

(**مسألة ١٧**): قال في الشرائع: يجب رد المغصوب ما دام باقياً.

وقال في الجواهر: لا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، إن لم يكن ضرورة من المذهب، مضافاً إلى قوله (عليه السلام) في النصوص السابقة: «كل مغصوب مردود».

أقول: الظاهر أن مراده بالمذهب الدين، لا المذهب بالمعنى الأخص، إذ ضرورة الإسلام قائمة على وجوب رد المغصوب، والظاهر أن عليه الأدلة الأربعة:

مثل قوله سبحانه: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[١]، فإن عدم الرد معناه الأكل، فيشمله قوله تعالى، إذ لا يراد بالأكل خصوص التصرف، وإنما منع المالك عن ماله ولو بقرينة المقام، إلى غيرها من الآيات.

وقد تقدمت جملة من الروايات في أول الكتاب.

كما أن العقل أيضاً يدل على ذلك.

وكيف كان، ففي وجوب رد المغصوب أمران: تكليفي ووضعي، والتكليفي لا يشمل مثل الصغير والمجنون ومن أشبههما، إذ لا تكليف عليه، وإنما يكون التكليف متوجهاً إلى وليه باعتبار كونه ولياً له.

نعم الحكم الوضعي شامل لهما، ودليل رفع القلم وما أشبه لا يشملهما، حيث إن «على اليد ما أخذت»[٢] ظاهره أن العين على الآخذ بنفسها أو بدلها، وذلك غير التكليف.

قال المحقق الرشتي في تقريب ذلك:

(إن كلمة على تدل على أمر وضعي يستتبع

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح١٢.

أحكاماً تكليفية على حسب اختلاف موارده في القابلية من التعليق والتنجيز، وتحقيق ذلك أن المولى إذا قال في عبده: عليه فعل كذا، ونسبت كلمة على إلى فعل من الأفعال القابلة للتكليف، دل على وجوبه وطلب إيجاده ممن استجمع شرائط التكليف، لأن التعهد بالفعل وكون الفعل في العهدة الذي هو مدلول هذه الكلمة لا معنى له سوى التكليف كما لا يخفى.

وإذا قال: عليه عين كذا، ونحوه مما يفيد التعهد بالعين وكونها في عهدته، عم المكلف الفعلي والشأني وغيرهما، إلاّ أن أثره التنجيزي وهو التكليف مما أريد من هذا القول إنما يلحق الجامع الشرائط ليس إلاّ، وأما أثره التعليقي المشروط بحصول شرائطه فلا اختصاص له بأحد، لأن صيرورة المال في العهدة ليس أمراً مختصاً بمحل قابل للتكليف الفعلي، بل يقتضي بحسب قابلية المحل آثاراً مختلفة الكيفية تنجيزاً وتعليقاً ونحوهما من وجوه الاختلاف) انتهى.

لكن لا يمكن القول بذلك مطلقاً، وإنما يجب جمع الاعتبارات والشواهد أيضاً، ولذا ذكرنا في كتاب الخمس أنه لا خمس في مال الطفل على حسب الصناعة، وإن كانت الآية المباركة تقول: ﴿وأعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾[1]، إذ العرف يرى الجمع بين هذا الدليل ودليل رفع القلم أن الثاني محكم على الأول.

نعم في مثل الغصب المناسبات العرفية تقتضي أن يكون الطفل والمجنون أيضاً إذا غصبا شيئاً كان اللازم في مالهما أو عليهما بعد التكليف والعقل، أو

(١) سورة الأنفال: الآية ٤١.

على وليهما الأداء، كما إذا كسرا أو أتلفا شيئاً، أو قتلا أو جرحا إنساناً، أو ما أشبه ذلك، ويؤيده ما ورد في كتاب الديات وغيره.

نعم «عمد الصبي خطأ» محكم على كون الدية في ماله أو مال المجنون، كما أنه كذلك في التحكيم ما دل على أن خطأ البالغ العاقل أيضاً على العاقلة لا على نفسه.

ثم إنه إن رد الصبي أو المجنون عين المغصوب، فلا إشكال في صحة الرد، بمعنى أن المالك يتصرف في عينه التي ردها أحدهما. أما إذا أرادا رد المثل أو القيمة، فلا حق للمالك في التصرف فيه، إذ لا حق لهما في تعيين ما في الذمة في شيء خارجي، وإنما اللازم أن يكون الولي هو الذي يرد.

نعم، إذا لم يرد الولي راجع الحاكم الشرعي، فإذا لم يمكن الحاكم الشرعي جاز الأخذ من باب التقاص.

أما الكافر إذا غصب ثم أسلم، ففي وجوب الرد مطلقاً، لقاعدة أن (الغصب مردود)، أو عدم وجوب الرد مطلقاً، لقاعدة (جب الإسلام عما قبله)، أو التفصيل بين بقاء العين فيجب الرد، وبين عدم بقاء العين فلا يجب، إما مع بقاء العين فلأن العين مال الناس فالواجب ردها، وأما مع تلف العين فلقاعدة الجب[1]، المؤيّدة بأن النبي (صلى الله عليه وآله) لم يأمر المشركين برد الأموال المنهوبة والمغصوبة، مع العلم أنهم كانوا ينتهبون الأموال ويغتصبونها في زمان الجاهلية بكثرة كبيرة، مضافاً إلى أن المال ليس أهم

(١) بحارالأنوار: ج٤ ص٢٣٠ كترالعرفان: ج١ ص١٦٦ صحيح مسلم: ج١ ص١٩٢.

من العرض والدم، و لم يأمر النبي (صلى الله عليه وآله) بإعطاء المهر للأعراض المنتهكة بالقسر، ولا باعطاء الدية للدماء المراقة بغير حق.

لا يقال: النبي (صلى الله عليه وآله) لم يسترجع أيضاً داره الموجودة، والتي غصبها بعض ثم أسلموا، كما يدل على ذلك قوله (صلى الله عليه وآله) ــ لما ذهب إلى مكة و لم يسكن في داره وقالوا له لماذا لا تسكن في دارك ــ : «وهل أبقى فلان لنا داراً».

لأنه يقال: إن الظاهر أن هذا العمل كان استعطافاً لا حكماً شرعياً وأنه لا حق له في استرجاع داره.

أو التفصيل بين ما إذا كان في دينه الغصب صحيحاً فلا إرجاع، وما إذا لم يكن في دينه الغصب صحيحاً فإرجاع.

أما الثاني: فلقاعدة «الغصب مردود»[1].

وأما الأول: فلقاعدة «ألزموهم بما التزموا به»[2]، فإن الملتزمات حتى بعد الإسلام باقية على الالتزام السابق، بدليل أن أولاده مثلاً أولاد حلال، وأن قتله للمسلم في الحرب لا يوجب عليه دية، وأن معاملاته تبقى على ماكانت، إلى غير ذلك من الأمثلة، ولعلّ من هذا الباب كان عدم استرجاع رسول الله (صلى الله عليه وآله) داره.

أو بعض التفاصيل الأخر المحتملة.

ولا يبعد أن يكون مقتضى الصناعة الإرجاع مطلقاً، إلاّ ما علم شمول دليل الجب ودليل الإلزام له، لأنهما واردان على قاعدة الغصب كله مردود، فاللازم أن يعرف قدر التقييد والتخصيص، فإذا شك في الزيادة والنقيصة فيهما كان مقتضى القاعدة الرجوع إلى العام والمطلق.

---

(١) الوسائل: ج٦ ص٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأخوات ح٢ و٥.

ومنه يعرف الحال في مسألة استبصار المخالف، حيث كان غاصباً ثم استبصر، فإن مقتضى القاعدة لزوم رده كل مغصوب إلاّ ما شمله دليل الإلزام ونحوه.

ويؤيد لزوم الرجوع في الكافر والمخالف أن الكفار وكل فرق المسلمين محكومون بالفروع نصاً وإجماعاً، فإذا كان مقتضى الحكم الشرعي شيئاً لزم عليه العمل، سواء في حال كفره أو حال إسلامه، وحال خلافه أو حال استبصاره، وإنما اللازم ملاحظة القدر المخرج بالنص أو بالإجماع أو ما أشبههما، ففي كل مورد يشك في دخوله في الاستثناء محكوم عليه بحكم المستثنى منه، وليس ذلك من باب التمسك بالعام في الشبهة المصداقية كما هو واضح، بل من باب التمسك بالعام في غير القدر المخرج بنص أو ظاهر أو ما أشبه.

وكيف كان، فلتنقيح المسألة فيهما موضع آخر، بل قد احتملنا في كتاب الشهادات أن تغير الحكم من الباطل إلى الحق يوجب جبّ ما قبله، كما أن الإسلام يجبّ ما قبله، وذلك لما رواه الشيخ بأسناده إلى العباس بن هلال، عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام)، ذكر أنه لو أفضى إليه الحكم لأقرّ الناس على ما في أيديهم، ولم ينظر في شيء إلاّ بما حدث في سلطانه، وذكر أن النبي (صلى الله عليه وآله) لم ينظر في حدث أحدثوه وهم مشركون، وأن من أسلم أقره على ما في يده[1].

لكني لم أر من تعرض له من الفقهاء، وإن كان مقتضى التعقل في الإسلام

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢١٤ الباب ٢٥ من كيفية الحكم ح١.

أن يكون للحاكم الإسلامي المسلط على بلاد المسلمين أن يراعي ذلك مهما أمكن بما لا يوجب ضرراً على الإسلام أو المسلمين.

بل ربما يؤيده في الجملة الرواية المروية عن حفص بن رياض، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، حيث قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق»[1]، مما يفهم منه الملاك والمناط في الجملة.

ثم لا يبعد أن يكون الرد الموجود في النص والفتوى منصرفاً إلى الرد بعنوان أنه المغصوب، لا بعنوان أنه ملك جديد، إذ ذلك لا يسمى رداً عرفاً، ولو من جهة الانصراف.

فلو غصب من إنسان ديناراً ثم أعطاه له بعنوان الهدية، أو غصب من إنسان أرزاً ثم أطعمه إياه بعنوان الضيافة، لم يكن ذلك مبرءاً للذمة، بل اللازم أن يرده عليه بعنوان أنه رد مغصوب أو رد ما هو ملكه، مثلاً سرق من إنسان شيئاً، ثم لا يريد أن يقول له إنه سرقه منه، فيعطيه باعتبار أنه يطلبه منه، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولو لم يستعد المغصوب من أخذه توصل إلى إعطائه له بكل صورة، وقد ذكرنا في كتاب الديات قول الإمام السجاد (عليه السلام) للزهري: «أن يجعل الدية صرراً ويلقي بها في دار ذوي المقتول في أوقات الصلاة»[2].

وكيف كان، فقد قال المحقق الرشتي في أصل المسألة: (المراد بالرد ليس الرد إلى المالك، بل إلى ما يعمه والحالات الواقعة عليها الغصب.

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم ح٢.

(٢) الوسائل: ج٦ ص٢٨٠ الباب ١٤ من أبواب الصدقة ح٧.

وحاصله اتحاد كيفية حال الغصب وحال الرد من جميع الجهات المالية والملكية ونحوهما مما يتعلق به غرض الملاك، والدليل على ذلك هو الدليل على وجوب أصل الرد، أعني رفع الظلم المدلول عليه بالأدلة الأربعة، ويتفرع على ذلك عدم كفاية الضيافة والهبة في الخروج عن العهدة.

أما الأول: فواضح، لأن مال الضيافة أشبه شيء بالعارية، والضيف غير مسلط عليه سلطنة تامة نحو سلطنته على ماله المعلوم، فقبضه له كعدم القبض فلا يحصل به براءة الذمة.

وأما الثاني: فلأن المتهب وإن كان مسلطاً على العين الموهوبة سلطنة كاملة، إلاّ أن جهله بفساد الهبة وأن العين ملكه وماله المغصوب، واعتقادكونه ملكاً جديداً زائداً على أمواله، ربما يوجب نقصاً في محافظته ومراعاته ومماكسته التي يراعيها في سائر أمواله العتيقة، وهذه كيفية مغايرة لكيفية حال الغصب التي كانت مقرونة بكمال الحفظ والرعاية) انتهى.

ومنه يعلم أن إشكاله بعد ذلك فيما ذكر بقوله: (وفيه نظر، لكن الحكم بالخروج عن العهدة بالهبة ونحوها من التمليكات المجانية أيضاً لا يخلو عن إشكال، وإن كان الأقوى الخروج، خصوصاً مع ملاحظة القول والروايات بأن الزكاة والخمس والفطرة ونحوها من الحقوق المالية لا يجب فيها الإعلان، وما ورد أيضاً في المديون بأنه إذا دفع عليه بعنوان العطية والسوقات احتسب به وبرئ ذمته، لو لم نقل بإمكان الفرق بين أداء المغصوب وأداء غيره، وإن كان عيناً أو ديناً لزم الأداء كما يظهر للمتأمل) انتهى، محل نظر.

إذ بالنسبة إلى الزكاة المولى الحقيقي أجاز ذلك، والخمس والزكاة متبادلان كما يستفاد من بعض الروايات أن الخمس جعل بدلاً من الزكاة، والفطرة

أيضاً المشهور أنه زكاة، ولهذا حكموا عليه بأحكام الزكاة، فلا يقاس ما نحن فيه مما لا إجازة من المالك بما إجازة فيه من المالك الحقيقي.

فقد روى أبو بصير، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): الرجل من أصحابنا يستحيي أن يأخذ من الزكاة فيعطيه من الزكاة ولا يسمي له أنها من الزكاة، فقال (عليه السلام): «أعطه ولا تسم ولا تذل المؤمن»[1].

ولم أجد ما يدل على أن المديون إذا أعطى بعنوان السوقات والعطية كفى، بل ذلك على خلاف القاعدة، فإن الكلي لا يتعين إلاّ برضى الطرفين، فكما لا يصح للمديون أن يأخذ من مال الدائن بقدر دينه إلا برضاه وإجازته ونحو ذلك، كذلك لا يصح للمديون أن يعطي مال الدائن له بدون أن يأخذه الدائن بعنوان أنه دينه، فإن «الأعمال بالنيات»[2]، والأمور المتعددة لا يمكن جعل المصداق الخارجي أحدها إلاّ برضى الآخذ وبرضى المعطي.

نعم في باب التقاص يجوز ذلك، كما ورد في حديث هند التي قالت لرسول الله (صلى الله عليه وآله): إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني بقدر نفقتي ونفقة أولادي، فأذن لها رسول الله (صلى الله عليه وآله) في الأخذ من ماله بقدر النفقة[3].

وكان ذلك من الرسول (صلى الله عليه وآله) إجازة من المالك الحقيقي الذي هو الله سبحانه وتعالى، والرسول (صلى الله عليه وآله) نائبه، كما يصح ذلك من الحاكم الشرعي الذي هو نائب للإمام (عليه السلام) النائب للرسول (صلى الله عليه وآله).

---

(١) الوسائل: ج٦ ص٢١٩ الباب ٥٨ من أبواب المستحقين للزكاة ح١.

(٢) الوسائل: ج٤ ص٧١١ الباب ١ من مقدمات الصلاة ح٣.

(٣) كما في الجواهر: ج٣١ ص٣٠٢.

ومما تقدم تبين فروع المسألة، مثل ما إذا أعطاه شاته بعنوان الهدية فذبحها وأكلها، فإنه يجب عليه إعطاء شاة أخرى له إذا قلنا بأن الحيوان مثلي، أو إعطاء قيمتها على المشهور من قولهم بأنها قيمية.

أما إذا ذبح الشاة ولم يتصرف فيها بعد بأن لم يأكلها، فهل يعطى التفاوت بين المذبوح والحي، أو يأخذ المذبوح ويعطيه الحي مثلاً أو قيمةً، أو يعطيه شاة حيةً بالإضافة إلى تلك الشاة المذبوحة، الاحتمال الثالث غير وارد، لأنه من الجمع بين العوض والمعوض، واحتمال إعطاء التفاوت أيضاً غير ظاهر، إذ الإنسان الذي لا يريد شاة مذبوحة لا وجه للتصرف في سلطنته بتبديل شاته إلى شاة مذبوحة، فهو كما إذا ذبح الشاة بنفسه ثم أعطاها لمالكها، فيبقى أخذ الغاصب الشاة المذبوحة وإعطاء المغصوب منه البدل.

وكذا في غير الغصب من سائر الضمانات كالعارية والوديعة وما أشبه.

ومثل ما إذا أعطاها مالها بعنوان المهر حيث إنه لا يكون مهراً، فإذا جعل المهر عين المال وجب عليه بدله، وإذا جعل المهر كلياً وأعطاها مالها بعنوان المصداق لم يقع مصداقاً وإنما يبقى مديوناً للمهر، وكذلك في عكس الأمر كإعطائها له ماله عوض الخلع، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(مسألة ١٨): قال في الشرائع بعد قوله المتقدم بوجوب رد المغصوب ما دام باقياً، ولو تعسر كالخشبة يستدخل في البناء واللوح في السفينة، ولا يلزم المالك أخذ القيمة: (وكذا لو مزجه مزجاً يشق تمييزه كمزج الحنطة بالشعير أو الدخن بالذرة كلف تمييزه وإعادته) انتهى.

وقال في القواعد: (ومزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف، بل يلزم بالفصل والالتقاط وإن شق، ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه ألزم بالعين وإن أدى إلى الهدم).

ونقل مفتاح الكرامة الفرع الأول عن التحرير والتذكرة واللمعة والمسالك والروضة، قال: وهو قضية كلام الدروس وغيره، كما نقل الفرع الثاني عن الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك، بل لا خلاف فيه إلاّ من الكوفي وتلميذه الشيباني فإنهما قالا: إنه يملكها ولا يجب عليه رد الساجة ويلزمه قيمتها.

ثم نقل ما عليه الأصحاب عن جمهور العامة أيضاً باستثناء المذكورين، وفي الجواهر مثل ذلك، وكأنه أخذه منه وزاد: (بل الواجب عليه مع استخراج الخشبة رد أجرتها من حين الغصب إلى حين الرد والأرش إن نقصت) انتهى.

أقول: ولا يبعد أن يكون على الغاصب إعطاء مثل المغصوب لمثل تلك المدة إذا لم تكن للمغصوب أجرة، مثلاً إذا غصب إبريقه ساعة، وغصبُ الإبريق ساعة لا أجرة له، فإنه يجب عليه إعطاء إبريقه له ساعة أيضاً، وإذا لم يعط كان للمغصوب منه الحق في الأخذ، لأنه داخل في قوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة

سيئة﴾[1]، وقوله سبحانه: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[2]، وغيرهما من الآيات والروايات، إذ لا خصوصية للأجرة.

وإذا لم يتمكن المغصوب منه من الاسترداد بهذه الكيفية لمثل العين حق له الاسترداد لشيء آخر، مثلاً إذا لم يكن للغاصب إبريق ولكن كان له مكنسة، وساعة المكنسة عرفاً تعادل ساعة الإبريق، فإن له الحق في أخذ المكنسة ساعة لأنه بدله عرفاً، فحال هذا كحال بدل الحيولة فيما ذكروا، لأن الملاك في كليهما واحد.

نعم، إذا لم يكن له إبريق وكانت له مكنسة وفرش، وساعة كل واحد منها تعادل ساعة الإبريق، فالظاهر أن للغاصب الحق في إعطاء أيها له بقدر ساعة، لأن الغاصب مسلط على الخصوصية، وإن فقدت السلطة له على الجامع، حيث إن الجامع يعادل ساعته ساعة الغصب، ولذا قالوا فيما إذا كان المديون أراد إعطاء دينار شخصي، لم يحق للدائن أن يقول: إني لا أريد هذا الدينار وأريد بدله، إذ سلطة المديون على الخصوصية لا ترتفع بارتفاع سلطته عن الجامع.

وكيف كان، فقد علل الأصحاب ما ذكروه بأنه بنى داره مثلاً على خشبة الغير ظلماً وعدواناً، فيجب ردها فوراً، فإذا استخرجها وردها وجب عليه رد أجرتها من حين الغصب إلى حين الرد، وإن نقصت لزمه أرش النقص، وكلا ما ذكروه على طبق القاعدة روايةً وفتوىً في الجملة.

---

(١) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

والظاهر أن اللازم عليه بالإضافة إلى ذلك رد الفرق فيما إذا تنزل، مثلاً كانت له خشبة قيمتها اليوم دينار، أما في غد فربع دينار، فإنه يلزم عليه ردّ الخشبة، وردّ ثلاثة أرباع الدينار لأنه سبب ضرره، فدليل «لا ضرر» يدل على وجوب إعطاء ضرره، على التقريب الذي ذكروه في بابي خيار العيب وخيار الغبن.

وقد ذكرناه مثل ذلك في بعض المسائل السابقة، وإن كان الفقهاء لم يتعرضوا لذلك هنا حسب ما نعلم، كما أن الحكم كذلك فيما إذا سبب عدم نمو ما لو لم يغصبه نما، مثلاً كانت المغصوب منه شجرة، فوضع جذعه عليها مما سبب عدم نموها وعدم ثمرها، فإن الواجب مع رد الشجرة إعطاء النمو والثمر، لأنه سبب ضرره، وقد تقدم أن الفقهاء ذكروا مثل ذلك في الجمد والماء إذا غصبهما منه في الصيف في مكان لا ماء فيه، ثم أراد ردّ الجمد في الشتاء مما لا قيمة له، أو ردّ الماء على النهر مما لا قيمة له، ولعله يأتي لهذه المسألة مزيد توضيح إن شاء الله تعالى.

نعم ذكر في الجواهر: إنه لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب، ولم يحصل على اللوح إلاّ بالفصل للكل، فالظاهر ذلك أيضاً للمقدمة، لما عرفت من تطابق النص والفتوى على إلزام الغاصب هنا بالأشق، على وجه يقدم على نفي الضرر والحرج، كما أومأ إليه (عليه السلام) بقوله: «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»[1]، ضرورة اقتضائه رده على مالكه وإن استلزم خراب الدار أجمع كما هو واضح.

وقال: (وإن كانت في اللجة وخيف من النزع غرق حيوان

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٥.

محترم آدمي أو غيره، أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب، ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر غيرها عدم وجوب النزع.

بل في مجمع البرهان لا خلاف فيه، جمعاً بين الحقين ولاحترام روح الحيوان، سواء كان للغاصب أو غيره، وفيه إمكان إلزام الغاصب ومن بحكمه ذبح الحيوان مقدمة لإيصال مال الغير الواجب عليه فوراً، ودعوى حرمة ذبحه لغير الأكل ممنوعة).

ثم قال: (بل قد يقال: إن للمالك أخذ ماله من الغاصب الممتنع من دفعه في كل حال، وإن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه إلاّ في الحال المزبور، وخصوصاً مع حاجة المالك له في تلك الحال لحفظ نفسه مثلاً، فإن احترام نفس الغاصب في الفرض غير معلوم.

ولعل قوله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد﴾[1] يشعر بذلك، ضرورة ظهوره في سقوط احترامه بالبغي والعدوان، وإن كان في غير المفروض، بل قد يشعر به في الجملة سقوط احترامه في الدفاع عن المال ولو يسيراً) إلى آخر كلامه.

لكن الظاهر أنه محل منع، فإن مجموع ما ذكره هو وغيره دليلاً لذلك رواية الحجر المغصوب، ورواية «الغصب مردود»، وأن الغاصب قد أقدم على عدم احترام مال نفسه، كما إذا اشترى شيئاً بالضرر عالماً عامداً، حيث لا خيار له.

ويرد على الأول: إن ظاهر الرواية حسب الانصراف العرفي شيء آخر،

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

وهو أن مثل هذه الدار لا يمن فيها ولا بقاء، وأنها في معرض الفناء والخراب لأجل ذلك الحجر الذي بني فيها، فإذا أراد الإنسان اليمن والبركة في داره يلزم عليه إعطاء الحجر إعطاءً شرعياً وعقلياً، عيناً أو قيمةً حتى تفك الدار عن الرهانة. كما أن الإنسان إذا أراد فك رهنه يلزم عليه إعطاء الدين ليأخذ العين، وإن كانت العين أضعاف أضعاف الدين.

أما أن يكون معنى الحديث أنه يجب إعطاء الحجر المغصوب ولو بخراب كل الدار، فذلك مما لا يفهم منه إطلاقاً.

أما كون الغصب مردوداً، فإنه لا يفهم منه إلاّ ما يفهمه العرف من الأوامر للحكام ونحوهم، وذلك منصرف عن مثل ما ذكره.

ومنه يعرف وجه النظر في قول المحقق الرشتي: (الظاهر أن رد المغصوب واجب مطلقاً حتى الفلس فيما لو توقف رده على صرف آلاف الكرور فضلاً عن غيره، لأن إبقاء المغصوب كابتداء الغصب لا يرخص فيه بسبب التضرر المالي).

إذ أي عرف هذا الذي يفهم من مثل المغصوب مردود نحو هذا الشيء وهل هو إلاّ مثل: ﴿وأعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾[1]، ومثل قوله سبحانه: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾[2]، فهل يفهم منهما أنه إذا كان عليه فلس من الخمس أو فلس من الزكاة فإنه يجب عليه إيصالهما إلى مستحقهما ولو صرف آلاف الكرور.

---

(١) سورة الانفال: الآية ٤١.

(٢) سورة التوبة: الآية ٦٠.

وعلى الثالث: ما ذكره المحقق المذكور أن كون الدليل هو الإقدام فاسد، (لأن نفي الضرر كنفي الحرج لا يفرق فيها بين ما إذا جاء من قبل المكلف من تقصيره وتفريطه وغيره، ولذا لا يجب ولو كان منشأ الضرر هو المكلف نفسه، وكذا لا يلزم البيع مع الغبن ولو كان السبب هو تقصير المشتري بترك الفحص عن القيمة ونحوه.

نعم لو أقدم الشخص على عنوان الضرر نفسه كأن باع واشترى عالماً بالعيب والغبن فلا، فهذا ما يقال من أن الإقدام عليه يرفع احترامه.

والحاصل: إن الإقدام على فعل يتفق معه الضرر أو يلزمه ليس بإقدام على الضرر، وإنما الإقدام عليه هو ارتكاب نفس الضرر كالبيع بدون ثمن المثل عالماً، وكإسقاط بعض الحقوق المشروع بجبران الضرر وأمثال ذلك، وما نحن فيه من قبيل الأول، لأن الإقدام على الغصب ليس إقداماً على نفس الضرر كما لا يخفى، بل إقدام على النفع بزعم الغاصب)[1]، انتهى.

نعم يرد عليه أنه حتى ما إذا أقدم على الضرر يلزم أن يكون الشارع لم يمنع عنه، وإلاّ فالإقدام ليس على إطلاقه موجباً للضرر.

ثم كيف يمكن القول بأنه يهدم الدار كلها لأجل انقاذ الحجر، أو يهدم السفينة لأجل إنقاذ اللوح، مع العلم أن الإسراف حرام، وهذا من أظهر مصاديق الإسراف المحرم.

وقول الجواهر: (دعوى حرمة ذبحه لغير الأكل ممنوعة) غير ظاهر الوجه، فهل يجوز ذبح الحيوان وإلقاؤه في الشارع أو في البحر.

وأبعد منه قوله: (وإن

---

(١) كتاب الغصب، للرشتي: ص٥٣.

كانت في اللجة وخيف من النزع غرق حيوان محترم آدمي أو غيره).

أما قول الجواهر: (لما عرفت من تطابق النص والفتوى على إلزام الغاصب هنا بالأشق على وجه يقدم على نفي الضرر والحرج)، ففيه: إنه أي نص وأي فتوى على ذلك، وقد تقدم منه (رحمه الله) أنه نقل عن القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة عدم وجوب النزع، بل نقل عن مجمع البرهان أنه لا خلاف فيه.

ومثله في البعد أنه بعد أن نقل عن المبسوط والتذكرة وظاهر السرائر تبعاً لمفتاح الكرامة عدم وجوب النزع، لأن السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل ورد اللوح مع أرش النقص إن نقص، جمعاً بين الحقين، قال: (وهو كما ترى مجرد اعتبار لا يرجع إلى محصل، ودعوى سقوط المقدمة لقاعدة الضرر ونفي الحرج واضحة السقوط بعد أن كان هو السبب في إدخالهما عليه) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لم يقدم على الضرر، وإنما أقدم على الغصب، والإقدام على الضرر غير الإقدام على الغصب.

وقوله: (إن كلامهم مجرد اعتبار) غير ظاهر، بل ما ذكروه هو مقتضى القواعد كما عرفت، وهل يقول صاحب الجواهر وغيره ممن وافقهم هو على رأيهم، أنه إذا ألقي إبريق إنسان في بحيرة وجب عليه إفراغ ماء البحيرة ولو دام ذلك عشربن سنة، ولو صرف ملايين من الدنانير لأجل إعطاء الإبريق لصاحبه.

أو هل يفتي هو بأنه إذا علم إنسان بأن لوحاً في السفينة مغصوب، ثم ملأها من بضائعه التي تسوى ملايين الدنانير، يحق لصاحب اللوح أن يفرغ كل ما في

السفينة في البحر ليأخذ لوحه.

أو يقول هو أو غيره: بأنه إذا بلع ثور فلساً لإنسان، وكان ذلك بسبب غصب صاحب الثور لذلك الفلس وإلقائه أمامه، أنه يحق له أن يذبحه ليأخذ فلسه، وإن كان اللحم يذهب هدراً، لأنه لا آكل له، فإن كانوا يلتزمون بمثل هذه الأمور، ففيه: إنه في غاية البعد عن ظاهر الأدلة.

أما قوله الأخير: (بأنه يأخذ ماله وإن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه إلاّ في الحال المزبور) فهو بعيد جداً عن ظاهر الروايات.

فهل يفتي أحد بأنه إذا غصب إنسان من إنسان آنية تسوى عشرين فلساً أن له أن يقتله ليأخذ ماله وإن امتنع الغاصب من رده.

بل لعل في قضية سمرة دلالة على ما ذكرناه، لأن الأنصاري إما اشتري البستان من سمرة باستثناء النخلة، أو باع النخلة لسمرة، ففي كلا الحالين أقدم على ضرر نفسه إذا كان ميزان الضرر مثل ذلك الذي ذكره، فلماذا قال الرسول (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر ولا ضرار»[1]، وعليه فأدلة الضرر محكمة.

وعلى هذا، فإنه إذا جعل اللوحة في الدار مما استلزم هدم الدار لم يجز هدم الدار لأنه إسراف، وإذا لم يكن الإسراف كما إذا غصب ديناراً من زيد وأتى به مئات الفراسخ مما يستلزم رده صرف مئات الدنانير فإنه لا يجوز ذلك أيضاً، لأنه وإن لم يكن إسراف إلاّ أنه عمل سفهائي، والأعمال السفهائية ممنوعة شرعاً كما هي ممنوعة عقلاً.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ و٣٤٢ الباب ١٢ من إحياء الأموات ح٣ و٥.

قال سبحانه: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾[1].

فهل يمكن القول بأنه يصرف مئات الدنانير مؤنة سنته وعائلته مثلاً لأجل رد ذلك الدينار، ثم يبقى هو يتكفف الناس.

وعلى أي حال، فالمفهوم من النص والفتوى ليس أمثال هذه الأمور، وإنما المفهوم من النص هي حسب الموازين العقلائية.

ومما تقدم يظهر أنه لا يمكن الاستدلال لوجوب رد المغصوب، ولو أدى إلى انهدام الدار وغرق السفينة ونحوها، بقوله (عليه السلام): «ليس لعرق ظالم حق»[2]، سواء قرأ بالإضافة أو بالتوصيف، وإن استدل به المحقق الرشتي بقوله: (إذ لا خصوصية للعرق أعني الشجرة لعدم الاحترام، فهذا الكلام تعبير إجمالي عن سلب الاحترام من مال الظالم في المربوط به مال الغير ظلماً، وكناية عن هذا المعنى مطلقاً، فيجوز حل ذلك الارتباط ولو انجر إلى تلف أمواله).

فإن دليل «لا ضرر» وحرمة الإسراف وغيرهما مما تقدم، بالإضافة إلى عدم شمول الحديث إلاّ بمقدار المتفاهم العرفي، يوجب عدم صحة الاستدلال بالحديث لما ذكره، فإن الشارع لا يحكم بالضرر مالياً كان أو نفسياً أو عرضياً، إلاّ في موارد الاستثناء كالخمس والزكاة والجهاد وما أشبه.

ومنه يعلم أن فرق المحقق الرشتي بين الضررين بقوله بعد تقريب عدم البأس بالضرر المالي:

(نعم لو توقف أو استلزم ضرراً غير مالي، أمكن منع الوجوب، لأن

(١) سورة النساء: الآية ٥.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٨٣ الباب ٢٣ من كتاب الإجارة ح٣.

حفظ النفس والعرض يرجع على غيره، ولو كان من حقوق الناس) إلى آخر كلامه، محل نظر.

وكيف كان، فإذا غصب اللوح وجعله في السفينة، أو غصب الخشبة وجعلها في بنائه، فإن لم يستلزم الإخراج والإرجاع إلى صاحبهما إسرافاً وأضراراً أكثر من المتعارف وجب الإخراج والرد، لأدلة كون الغصب مردوداً، أما إذا استلزم إسرافاً أو أضراراً أكثرمن المتعارف، مما يفهم من أن الغصب مردود، انتقل الأمر إلى البدل مثلاً أو قيمةً، نعم يحتمل تقدم الإجارة إذا كانت الإجارة ممكنة، لأن فيها من الجمع بين الحقين ما ليس في مثل البدل.

هذا كله إذا كان الغاصب عالماً عامداً.

أما إذا لم يكن عالماً بالحكم أو الموضوع، أو لم يكن عامداً بإكراه واضطرار ونحوهما، أو صار غصباً بسبب طريان شيء بأن لم يكن من الأول غصباً، كما إذا رضى مالك الخشبة واللوح من الأول ثم صار بينهما نزاع سبب سحب رضاه عما رضي أولاً، أو كان الجائر مثلاً غصب الدار وبنى فيها لوحة مغصوبة أيضاً، ثم تمكن المالك من استرجاع الدار مما لم يكن الغصب منه، أو ما أشبه ذلك، فلا إشكال في أنه لا حق في الهدم الموجب للضرر وإن لم يكن إسرافاً، إذ دليل «لا ضرر» لا محذور فيه، وهو حاكم على الأدلة الأولية مثل «الغصب مردود» ونحو ذلك.

وربما يؤيد العدم هنا، بل وفي المسألة السابقة فيما كان الغصب عن علم وعمد، قوله سبحانه: ﴿وجزاء سيئة سيئة بمثلها﴾[1].

---

(١) سورة الشورى: الآية ٤٠.

وقوله: ﴿ومن عاقب بمثل ما عوقب به﴾[1].

وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[2] مما جعل السيئة بقدر السيئة المقابلة لا أكثر، وكذلك قوله سبحانه: ﴿والحرمات قصاص﴾[3]، إلى غيرها مما يجدها المتتبع في خلال الروايات، فلا حق للسيئة الأكثر وما أشبه.

وعلى ما ذكرناه، فإذا مزج مزجاً يشق تمييزه كمزج الحنطة بالشعير، أو الدخن بالذرة، فإن كان مشقة تصل إلى الحرج والعسر، أو توجب ضرراً بصرف المال لم يكلف تمييزه وإعادته، وإنما يشتركان حسب مقتضى القاعدة كما في مزج الحليب بالسكر أو ما أشبه، إذ لا فرق بين المسألتين عرفاً، ومجرد التميز وعدم التميز لا يوجب فرقاً من جهة ما نحن فيه، وإن لم يوجب التمييز العسر والحرج والضرر إلاّ بقدر غير مرفوع، مما هو في نظر العرف يشمله دليل رد المغصوب ونحوه، وجب.

ثم في المورد الذي ذكرنا بوجوب رد الخشبة المستدخلة في الدار إذا فسدت على تقدير الإخراج، فلا إشكال في لزوم إعطاء المثل أو القيمة، لأنه قد تعذر تسليم مالية العين فانتقلت العين إلى البدل، وإنما الكلام في أنه هل يجب تسليم العين أيضاً إذا أمكن أو لا يجب، قولان:

نقل عن ظاهر الأكثر الوجوب، واستدل له بما يدل على وجوب رد المغصوب، فإن للشيء عيناً ومالية،

(١) سورة الحج: الآية ٦٠.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

والمالية تدوركت بالبدل، أما العين فقد كانت للمالك ولا وجه لخروجها عن ملكه، فالاستصحاب يقتضي وجوب رده أيضاً.

لكن عن الدروس عدم الوجوب، قال: (يجب رد المغصوب إلى مالكه إجماعاً، ولقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[1]، وإن تعسرت الساجة في البناء واللوح في السفينة، وإن أدى إلى خراب ملكه، لأن البناء على المغصوب لا حرمة له، ويضمن أرش نقصانهما وأجرهما، ولو علم تعيبهما وأنه لا ينتفع بإخراجهما ضمنهما الغاصب بقيمتهما).

لكن في المسالك نسب إلى ظاهرهم عدم وجوب الرد قال: (وهل يجبر على إخراجها حينئذ نظر، من فوات المالية وبقاء حق المالك في العين، وظاهرهم عدم الوجوب وأنها مترل مترلة المعدومة، ولو قيل بوجوب إعطائها المالك إذا طلبها كان حسناً، وإن جمع بين القيمة والعين) انتهى.

لكن المحقق الرشتي نسب إليهم وجوب الرد، قال: (لو فسدت الخشبة المستدخلة في الدار على تقدير الإخراج انتقل إلى القيمة كما في الحيلولة)، إلى أن قال: (وفي وجوب تسليم العين حينئذ مع دفع القيمة إشكال، ظاهر الأكثر الأول، ويدل عليه ما يدل على وجوب رد المغصوب لو لم يدع انصراف أدلتها اللفظية، مثل قوله (عليه السلام): «على اليد» إلى الأموال وشبهها مما يتعلّق به غرض صحيح عقلائي، مضافاً إلى الاستصحاب) إلى آخر كلامه.

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح١٢.

لكن الظاهر هو عدم الوجوب كما تقدم عن الدورس، ونقل أيضاً عن صريح المبسوط وغيره، وذلك لما تقدم من أنه جمع بين العوض والمعوض، وظاهر الأدلة أن له حق العوض، ومثله لو كسر إناء زيد، فإن عليه أن يرد عليه مثله أو قيمته، ولا حق لزيد في جمع المكسور من أجزاء الإناء إذا أراد الكاسر تلك.

ولذا قال في الجواهر: (إن حقه في الخشبة بالإضافة إلى القيمة مناف لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، ومناف أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعي يقتضي ملك معوضه للدافع، واستثناؤه بعد ذلك بقوله: اللهم إلاّ أن يقال: إنها عوض مالية وإن بقي مملوكاً لكنه كما ترى) انتهى.

كما ترى إذ أي معنى لكون البدل مثلاً أو قيمةً عوض يقابل به المالية دون الملكية، وحينئذ فلا مجال للاستصحاب.

وجواب المحقّق الرشتي عن مانع الاستصحاب، حيث قال: (مضافاً إلى الاستصحاب، ومنعه بدعوى تغيّر الموضوع وهو المال ممنوع، بأن الموضوع ابتداءً هو الملك وإن كانت المالية أيضاً موضوعاً آخر، إذ لا شبهة في أن غير الأموال كالأملاك الصرفة مثل حبة الحنطة أيضاً يجب ردها إلى أربابها) انتهى.

غير ظاهر، إذ الخشبة بكلها انتقلت إلى البدل، فلم يبق ملك خارجاً عن المال حتى يقال باستصحاب الملك، والله سبحانه العالم.

(**مسألة ١٩**): قال في الشرائع: (ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، فإن أمكن نزعها ألزم ذلك وضمن ما يحدث من نقص، ولو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة).

وقال في المسالك: (الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه، فالحكم كما في البناء على الخشبة، فللمالك طلب نزعه وإن أفضى إلى التلف، ويضمن الغاصب النقص إن أتفق، وإن لم يتفق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة) انتهى.

أقول: أما وجوب نزعه إن أمكن ولو يوجب فساداً أكثر من المتعارف كما تقدم في مسألة الخشبة، فدليله أن «الغصب مردود».

وأما إذا أوجب فساد الثوب، فقد عرفت في المسألة السابقة أنه لا يجب، وإنما ينتقل إلى المثل أو القيمة، لحكومة دليل «لا ضرر» ودليل حرمة الإسراف وما أشبه على دليل «الغصب مردود».

كما أنك قد عرفت الإشكال في قول المسالك: (ولا يخرج بذلك عن ملك المالك فيجمع بين العين والقيمة)، إذ لما انتقل الأمر إلى البدل كان البدل بدلاً شرعياً، وبذلك يسقط ملك المالك عن العين.

ولذا قال في الجواهر: (يقتضي ملك المالك القيمة خروج المغصوب عن ملكه لكونها عوضاً شرعياً عنه، وقد تقدم سابقاً في ذبح حيوان الغير الموجب لدفع القيمة عنه ما يؤكد ذلك في الجملة، بل قد تقدم أيضاً أن ماكان في يده المغصوب لو رجع المالك عليه وغرمه كان له الرجوع على من استقر التلف في يده، على وجه يملك ماكان في ذمته

للمالك عوض ما أداه) انتهى.

ثم إن كان العين في حكم التالف وطلبه المالك و لم يؤد إلى إضرار وإسراف، وجب على الغاصب رده، وإن لم يكن بعد ذلك له قيمة، وحينئذ لا حق للمغصوب منه في كل القيمة بعد أن أخذ العين، لأنه لا يجمع بين البدل والمبدل منه.

وكذلك إذا كسر إناء زيد وأراد زيد القطع المكسرة، لم يحق له أن يطلب العوض كاملاً أيضاً.

لا يقال: إنه فوت عليه القيمة فله مطالبة القيمة كاملاً.

لأنه يقال: إنه بطلبه المكسور قد تنازل عن بعض قيمته، فإن الغاصب يخيّره بين أحدهما، فكما أنه إذا اختار القيمة لا حق له في العين، كذلك إذا اختار العين لا حق له في تمام القيمة.

ومما تقدم تبين وجه قول مجمع البرهان في المحكي عنه في صورة تلف الخيط إنه قال: (يمكن أنه لا يجوز أي الترع وتتعين القيمة، لأنه بمترلة التلف تلزمه القيمة فقط، وحينئذ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخاط، إذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة من الماء المغصوب الذي حصل العلم بحاله بعد الغسل وقبل المسح) انتهى.

ومنه يعرف الحال فيما إذا توضأ عالماً عامداً، وبعد تمام الوضوء وتلف المال عرفاً مما سبب الانتقال إلى القيمة غسل وجهه ببقايا الماء الموجود على وجهه التالف عرفاً، ثم غسل يديه ومسح رأسه ورجليه، وكذلك بالنسبة إلى الغسل.

ويؤيد ما تقدم ما ذكره الجواهر حيث قال: (بل ستسمع ملك الغاصب

المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة، وإن كان متزلزلاً، بل كان ذلك مفروغاً منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعددة ظاهرة أو صريحة، في أن المؤدى عن المضمون عوض شرعي عنه، على وجه يقتضي الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين مما لا قيمة له، وبينها إذا كانت كذلك لو انتزعت كما في الفرض الذي يتعذر فيه الرد لنفس العين المغصوبة).

ثم قال الشرائع: (وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة لم ينتزع إلاّ مع الأمن عليه تلفاً وشيناً وضمنها).

وقال في المسالك: (وإن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره، والمحترم إما آدمي أو غيره، فالآدمي متى خيف من نزعه هلاكه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى القيمة من المرض والشين لم ينتزع وعلى الغاصب قيمته)، إلى آخر كلامه.

أقول: الكلام قد يكون في الإنسان، وقد يكون في الحيوان، أما الإنسان فهو إما محترم وأما غيرمحترم، فإن كان محترماً فوجبت الخياطة لم يكن آثماً بالخياطة، سواء كانت الخياطة لجرح نفسه أو لجرح غيره.

نعم إذا كانت الخياطة لجرح نفسه كان ضامناً في المثل أو القيمة جمعاً بين الحقين، وإن كانت الخياطة لجرح غيره لم يكن ضامناً لأنه محسن، وقد أمره الشارع بالخياطة، ويكون الضمان على المجروح الذي خيط جرحه بالخيط.

لا يقال: بل الخائط أيضاً ضامن، وإنما قرار الضمان على المجروح، لأن الذي خاط ضمن بوضع اليد على مال غيره.

لأنه يقال: لما أمره الشارع بذلك وكان لأجل غيره لم يكن وجه لضمانه، ودليل (على اليد) و(من أتلف) منصرف عن مثله.

وكذلك الحال فيمن رأى غريقاً فأنقذه بسبب حبل غيره، فإنه لا وجه لضمانه، أو رأى جائعاً مشرفاً على الموت فأنقذه بإطعام طعام غيره له، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إذا مات ذلك الإنسان المجروح، فإنه يجوز لصاحب الخيط إخراج خيطه إذا لم يكن موجباً لهتك حرمته، وإلا لم يجز لأن حرمته ميتاً كحرمته حياً.

ومنه يعرف الحال في أشباه ذلك، مثل جعل شيء طبي في القلب، أو في اليد والرجل المكسورتين، أو ما أشبه مما يتعارف في العمليات الجراحية الآن.

ومنه يعلم ما إذا أخذ جلداً أو عظماً أو عضواً من إنسان ورقع به إنساناً آخر، فإن كان إرجاعه إلى الإنسان الأول موجباً لتلف الإنسان الثاني أو نحو التلف لم يجز، وكان ضامناً للقيمة، والقيمة إنما تعرف بالحكومة كما ذكرناه في كتاب الديات.

وإن لم يكن موجباً لتلف أو نحوه، حق للإنسان الأول إرجاعه إلى نفسه إذا كان عدمه شيناً له، وإن أوجب شيناً بالنسبة إلى الإنسان المجروح، إذ الأمر يدور بين شين المالك لهذه الأجزاء وبين شين غيره، والمالك أحق بعدم الشين.

مثلاً صلم أذن إنسان وألصقها في مكان أذن إنسان ثان قد صلمت أذنه، ولم يرض صاحب الأذن بهذا الترقيع، فإن له الحق في استرجاع أذنه، ولا يقال: إنه لا يجوز إيلام ذلك الإنسان المرقع، إذ يمكن رفع الألم بالبنج ونحوه.

أما إذا كان الإنسان غير محترم في الخياطة أو الترقيع بأعضائه، فالظاهر أنه إذا كانت الخياطة ونحوها فيما إذا أراد سحب الخيط والجزء منه لا ينافي احترامه جاز ذلك.

أما إذا كان ينافي احترامه لم يجز، إذ لا يجوز التمثيل بغير المحترم أو تجريحه، وإنما الواجب مثلاً أو الجائز قتله، فالكافر الحربي والمرتد الذي يجوز قتله واللائط وما أشبه لا يجوز إيذاؤهم وجرحهم بغير الكيفية الواردة من الشرع في قتلهم، فإطلاق بعضهم غير المحترم في قبال المحترم غير ظاهر الوجه.

وكيف كان، فقد علم مما تقدم أنه لا بأس بما ذكره المسالك بقوله: (الآدمي إن خيف من نزعه تلفه، أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى التيمم[1] من المرض والشين لم يترع وعلى الغاصب قيمته)[2].

أما ما أشكل عليه الجواهر بقوله: (بإمكان منع جعل مسوغ التيمم[3] عذراً في عدم وجوب الرد هنا مطلقاً، وما عرفته من تكليف الغاصب بأشق الأحوال في الرد وإن استلزم الضرر عليه والمشقة، فمع فرض أنه قد خاط به جرحه وكان في نزعه مشقة لا يخشى منه التلف، وإن جاز التيمم[4] لها، أو يخشى الشين من نزعه، يتجه تكليفه بذلك إلزاماً له بأشق الأحوال، لأنه هو الذي أدخل الضرر عليه باختياره الغصب الذي مقتضاه ذلك، واحتمال الفرق بين الضرر المالي وغيره لا دليل عليه، نعم قد يتجه ذلك مع الخوف على النفس الذي يسقط معه خطاب الرد)[5] انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ لا دليل بأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، وقد تقدم في المسألة السابقة أن دليل «لا ضرر» محكم حتى في المقام، فقوله: (لأنه هو

---

(١) في الأصل: إلى القيمة.

(٢) مسالك الأفهام: ج١٢ ص١٧٨.

(٣) ربما الصحيح: مسوغ القيمة.

(٤) ربما الصحيح: جاز القيمة.

(٥) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٨١.

الذي أدخل الضرر عليه باختياره الغصب) محل منع، فإذا ذهب إنسان يعلم أنه يكون الماء عليه ضرراً في مكان باختيار نفسه وكان الذهاب حراماً مثلاً، فهل يقال بأنه يتوضأ ويغتسل لأنه بنفسه اختار سلوك هذا المسلك.

إلى غير ذلك من الأمثلة التي فعل الإنسان مقدمة الضرر على نفسه عامداً عالماً عاصياً، لكنه إذا أراد أداء التكليف الشرعي تضرر، فإنه لا وجه للقول بجوازه، ومسألة ﴿غير باغ ولا عاد﴾ خارج عما نحن فيه.

ومع ذلك فقد قال الفقهاء: بأنه إذا كان باغياً أو عادياً، وخاف من تلف نفسه فعل المحرم واجباً، وكان معاقباً بسوء اختياره، بينما لا يعاقب في غير الباغي والعادي.

نعم قول المسالك: (إنه إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه، وإن خاط جرح غيره بإذنه وهو عالم بالغصب، قيل: كان قرار الضمان عليه، والأجود قراره على المباشر) انتهى.

غير ظاهر الوجه في فرعه الثاني، إذ لو كان غاصب أطعم إنساناً طعام غيره، وكان ذلك الإنسان عالماً كان قرار الضمان على الذي أكل لا على الذي أطعم، وهنا كذلك فإنه وإن كان لمالك الخيط الرجوع إل كليهما على سبيل البدل إلاّ أن قرار الضمان على المجروح، لأنه هو الذي صرف مال الغير، وهل يقال: بأنه إذا أعطى دار زيد لعمرو عالماً كان قرار الضمان على زيد لا على عمرو، وإقدام المباشر لا يوجب قراراً عليه.

لا يقال: «من أتلف»[1] يشمل المباشر.

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح٢.

لأنه يقال: كلاهما أتلفا، هذا بالمباشرة وهذا بالاستهلاك.

ثم قال المسالك: (وأما غير الآدمي فعلى ضربين:

أحدهما: غير المأكول، والحكم فيه كالآدمي، فإنه لا ينتفع به مع ذبحه.

والثاني: المأكول، فإن كان لغير الغاصب لم يترع لحرمة روحه، وإن كان للغاصب فوجهان، إنه يذبح ويرد الخيط لإمكان الجمع بين الحقين وهو جائز الذبح، وأظهرهما وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف المنع كما في غير المأكول، لأن للحيوان حرمة في نفسه، ولهذا يأمر بالإنفاق عليه ويمنع من إتلافه بغير الذبح للأكل، فقد روي «أنه (صلى الله عليه وآله) نهى عن ذبح الحيوان إلاّ لأكله»[1] انتهى.

وفيه أولاً: إن غير المأكول أيضاً ينتفع به مع ذبحه، فالانتفاع بجلده وشعره ووبره وما أشبه، وقد ذكرناه في كتاب الصيد والذباحة تبعاً لغير واحد من الفقهاء جواز ذبح الحيوان غير المأكول والانتفاع بما ينتفع به منه في غير المحرم شرعاً.

نعم يأتي هنا ما ذكرناه سابقاً من أنه فيما لم يكن ضرراً وإسرافاً، وإلاّ فلا يجوز حتى الذبح، مثلاً الأسد الذي يسوى مائة إذا ذبح لا ينتفع بأجزائه إلاّ بمقدار عشرة فإنه ضرر، وكذلك إذا كان في مورد إسرافاً.

وثانياً: في المأكول إذا لم يكن إسراف وضرر وكان للغاصب ألزم بالذبح لأنه طريق رد الغصب، أما إذا كان أحد الثلاثة فلا، إذ قد تقدم أن الإسراف والضرر غير جائز، وإذا كان لغير الغاصب كان مقتضى سلطنته أنه لا يذبح حيوانه فيما إذا لم يكن عالماً بفعل الغاصب وعامداً بقبول ذلك، وإلاّ كان كالغاصب وحينئذ

(١) المسالك: ج٢ ص٢٥٩ س٣.

يرجع المغصوب منه إلى الغاصب في البدل، لا إلى من كان له الحيوان.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر على المسالك: (وثانياً: بإمكان إلزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان إذا كان للغير مأكولاً، أو غيره مقدمة لذبحه ونزع الخيوط منه، وإن أدى ذلك إلى ضرر عليه، فضلاً عن إلزامه بذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان الذي له، ودعوى حرمته لغير الأكل واضحة المنع) انتهى.

فإن فيه مواضع للتأمل والمنع.

وقد تبين مما تقدم مواضع النظر في كلام المحقق الرشتي والذي منه قوله: (وإن كان محترماً، فإن كان ذبحه شرعاً مأذوناً فيه لغرض الأكل ونحوه وجب، وإلاّ لم يجب بل لم يجز) انتهى.

إذ فيه: إن الإذن في الذبح شرعاً قد يكون مع الإضرار بالمالك وذلك مرفوع كما تقدم، بل قد اعترف هو بذلك في بعض المسائل السابقة.

قال في الجواهر: (وأما غير محترم من الحيوان وهو ما يصح إتلافه بغير التذكية كالخنزير والكلب العقور فلا يبالي بهلاكه ونزع الخيط منه، ويلحق بهما الكافر الحربي، بل والمرتد عن فطرة، بل والزاني المحصن ونحوهم ممن هو غير محترم النفس.

وكذا لو عرض عدم احترامها بردة ونحوها بعد الخياطة، واحتمال عدم الجواز باعتبار كون الحد وظيفة الإمام، وعدم جواز قتل المحارب في بعض الأحوال على بعض الأقوال، كما ترى، ضرورة عدم كون ذلك من الحد، بل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس، ونحوه يجري في المحارب) انتهى.

وفيه مواضع للنظر.

إذ يرد عليه أولاً: إن الخنزير وإن كان لا يملك لكنه لا يجوز قتله، إلاّ إذا

كان وحشياً يخشى إفساده وإضراره من باب قتل المؤذي، وإلاّ فأي دليل على جواز قتل الحيوان مطلقاً، قرداً كان أو خنزيراً أو غيرهما، بل أدلة المنع عن قتل الحيوان شاملة للخنزير أيضاً.

وثانياً: إن الزاني والمرتد لا يجوز قتلهما بأي نحو كان، فقوله: (بل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس) غير ظاهر الوجه كما تقدم.

وثالثاً: الكافر الحربي لا يجوز قتله إلاّ بإذن الإمام ونائبه لا مطلقاً.

ومنه ظهر وجه النظر فيما حكاه مفتاح الكرامة عن جمع، حيث قال: (أما الآدمي غير المحترم كالمرتد عن فطرة، فالأقرب كما في التذكرة والإيضاح أنه يجب إخراجه وإن خيف منه التلف. وبه جزم في التحرير وهو في محله، وتوقف فيه في جامع المقاصد كالمصنف... وكذلك الحال لو طرأت الردة على الخياطة، وحكم الحربي حكم المرتد، نص عليه في التذكرة)[1] إلى آخر كلامه.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٢٨٩ ط الحديثة.

(مسألة ٢٠): قال في الشرائع: (ولو حدث في المغصوب عيب مثل تسويس التمر، أو تخريق الثوب رده مع الأرش).

وقال في مفتاح الكرامة في شرح القواعد: (ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الأرش) ما لفظه: (يريد أنه إذا غصب شيئاً ثم غيره عن صفته التي هو عليها، مثل أن كان نقرة فضربها دراهم، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فعجنه، أو ثوباً فقطعه، لم يملكه إجماعاً كما في التذكرة في موضع منها، والمسالك وظاهر التذكرة في موضع آخر حيث نسبه إلى علمائنا، وظاهر السرائر في مسألة غصب الحب والبيض في موضع منها. وبالحكم صرح في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان، بل يرده مع الأرش إن نقص عند علمائنا كما في التذكرة)، إلى آخر كلامه.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب وضمان ما فات منه المستفاد من العقل والكتاب والسنة والإجماع).

هذا ولكن لا يبعد أن يقال: إن للمغصوب منه الخيار بين الاسترجاع والأرش وبين أخذ البدل.

وقد أشار إليه القواعد في جعل السمسم شيرجاً، وذلك لما ذكروه في باب خيار العيب والغبن من دليل «لا ضرر»، فإن الإنسان أحياناً لا يريد الشيء المعيوب وإن أخذ أرشه فتحميله عليه إضرار به، فلا ضرر يقتضي أن لا يكون الشارع حمله ما فيه ضرره، فإن الضرر لا يستلزم أن يكون ضرراً مالياً فقط، فإذا كان له قماش يريد أن يجعله لنفسه ثوباً فقطعه الغاصب قباءً فإنه لا ينفعه،

وإن أعطى التفاوت لأنه لا يريد القباء، ولا يوجد من يشتريه منه ليشتري قماشاً جديداً ليقطعه ثوباً، فتحميله عليه ضرر عليه.

وكذلك في مثل تسويس التمر، فإنه ربما لا ينفعه التمر المسوس ولا يمكنه بيعه وتبديله ولو مع إعطاء التفاوت إلى التمر الصحيح لينتفع به، فتحميله عليه إضرار به، بل مقتضى هذا القول أنه له أن يأخذ القماش المقطع بدون تفاوت إذا لم يكن تفاوت، فلا ينفعه هذا القماش إطلاقاً مع أنه لا مشتري حتى يبدله بقماش ينتفع به، كما إذا لم يكن تفاوت بين القماش المقطع قباءً وبين القماش غير المقطع.

ومن الواضح أن الإجماع مستند إلى ما ذكروه من الدليل، وقد عرفت ورود «لا ضرر» على ذلك الدليل.

أما قول الجواهر: (إنه يستفاد من العقل والكتاب والسنة) فغير ظاهر، لأن الكتاب والسنة قد تقدما، ولا دلالة فيهما حتى في مورد الضرر.

والعقل قاض بما ذكرناه لا بما ذكروه، فالأقرب أن له الخيار بين الأخذ بلا أرش إذا لم يكن أرش، أو مع الأرش إذا كان أرش، وبين رده إلى الغاصب وأخذ بدله مثلاً أو قيمةً.

ومما ذكرناه بالإضافة إلى ما تقدم في بعض المسائل السابقة يظهر وجه النظر في كلام المحقق الرشتي حيث قال: (وجب على الغاصب أرش النقصان ورد الباقي من غير أن يملكه، سواء كان الأرش بقدر القيمة أم لا)، إذ قد عرفت هناك أنه من الجمع بين العوض والمعوض ولا وجه له.

وفي مفتاح الكرامة: (وحكى ابن جرير عن أبي حنيفة، أنه لو دخل لص دكان رجل فوجد

بغلاً وطعاماً ورحى، فصمد البغل وطحن الطعام ملك الدقيق، فإن انتبه صاحب الدكان كان للص قتاله عن دقيقه، فإن أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص)[1].

أقول: كأن أبا حنيفة نظر إلى أنه لما طحن الطعام خرج عن كونه ملكاً لمالكه، وإنما تعلق بذمة اللص البدل، لكن هذا الكلام لا يلائم الصناعة، حيث قد عرفت أن مقتضى القاعدة تخير صاحب الطعام بين الأخذ مع الأرش إذا كان هنالك أرش، وبين الانتقال إلى البدل، فلم يملك اللص الطعام بمجرد ذلك.

ثم إن الشرائع قال: (ولو كان العيب غير مستقر كعفن الحنطة، قال الشيخ: يضمن قيمة المغصوب، ولو قيل برد العين مع أرش العيب الحاصل، ثم كلما ازداد دفع أرش الزيادة كان حسناً).

واستدل الشيخ كما حكي عنه لمذهبه، بأنه مشرف على التلف ولو ترك بحاله لفسد فهو كأنه تالف.

أما القول المقابل للشيخ، كما ذكره الشرائع وحكي عن التذكرة والمختلف والإرشاد والإيضاح ومجمع البرهان وجامع المقاصد، فهو أن المالك يأخذه ويأخذ أرشه وقت الدفع، ثم كلما تجدد نقص في المستقل رجع بأرشه حتى يستقر النقص.

وعن الأخير أنه قيده بما إذا لم يتمكن المالك من العلاج، فإن تمكن بسهولة ففيه تردد، ورد قول الشيخ بأنه ليس بتالف وإن كان قد يؤول إلى التلف، ثم إنه بعد ذلك احتمله قال: ويحتمل دفعه إلى الغاصب وأخذ البدل لأنه بمنزلة التالف.

أقول: مقتضى القاعدة في هذه المسألة هو ما ذكرناه في المسألة السابقة، وهو كتسوس التمر وتخرق الثوب، لأن الدليل في كليهما واحد.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٢٠١ ــ ٢٠٢ ط الحديثة.

أما قولهم: بأنه كلما ازداد دفع أرش الزيادة، فيرد عليه ما ذكره الجواهر قال: (لكن قد يقال: إن الأرش الذي دفعه الغاصب إنما هو أرش عيب سار على معنى تقويم الحنطة صحيحة بكذا ومعيبة بالعيب المزبور بكذا، فهو كمال حق المالك، فلا وجه لضمان ما تجدد بعده، إذ هو حينئذ كرجوع المشتري على البائع بمثل العيب المزبور لو فرض سبقه أو حدوثه في الثلاثة على وجه يكون ضمانه على البائع، ودعوى التزام ذلك فيه أيضاً واضحة المنع) انتهى. وهو كما ذكره فلا وجه له.

لكن لا يبعد أن يكون مرادهم أنه فيما إذا أخذ الأرش إلى ذلك الوقت لا الأرش الذي ذكره الجواهر، وإن كان مقتضى الأرش هو ما ذكره الجواهر لا ما ذكروه، فلا نزاع معنوي بينهما.

وبذلك ظهر ما في قول القواعد حيث قال: (ولو كان العيب غير مستقر، كما لو بلّ الحنطة حتى تعفنت أو اتخذ منها هريسة، أومن التمر والسمن حلواءً، فإن مصير الهلاك لمن لا يريده، فالأقوى رد العين مع الأرش، وكلما نقص شيئاً ضمنه، على إشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف، ومن استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب) انتهى.

ثم إن المحقق الرشتي نقل في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: للشيخ.

والثاني: للمحقق وأكثر من تأخر عنه، إلى أن قال:

(وثالثها: تقويم العين المشرفة إلى الهلاك، ودفع القيمة مع العين، نظراً

إلى حدوث العيوب المتجددة في يد المالك، فلا وجه لتضمين الغاصب، وهذا الوجه ذكره في المسالك وضعّفه بأن وجوب رد الحاصل لا يقتضي كونه تمام الحق مع وجوب سبب الضمان الموجب للسراية)، إلى آخر كلامه.

لكن الظاهر أن المسالك لم يذكر ذلك، فإن عبارته الموجودة هي هذه، قال: (وفي المسألة وجه آخر، وهو الاقتصار على دفع أرش النقص الموجود إلى حين دفعه، لأنه تمام الحق، ولا يجب غيره حينئذ فلا يجب شيء آخر بعد ذلك، ويضعف بأن وجوب الحاصل لا يقتضي كونه تمام الحق مع وجود سبب الضمان الموجب للسراية) انتهى.

فإنك خبير بأن كلام المسالك إنما هو في قبال قولهم: (كلما ينقص شيئاً فهو أيضاً مضمون) لا أنه قال دفع القيمة مع العين، كما ذكره المحقق الرشتي.

ثم إن المحقق المذكور قال بعد الأقوال الثلاثة: (ويمكن أن يفصل بأن يقال سراية العيب الذي حصل من فعل الغاصب مضمونة عليه، باعتبار التسبيب لا باعتبار اليد، وأما العيب السماوي فسرايته غير مضمونة، لأن العيب المتجدد ليس حدوثه حال كون العين في يد الغاصب ولا مستند إلى فعله بل إلى عيب سماوي، ولا دليل على أن سراية العيوب السماوية مضمونة عليه، بخلاف سراية العيب الحاصل من فعله، فإن أدلة التسبيب يقتضي ضمانها على المسبب) إلى آخر كلامه.

وفيه: إن هذا ليس تفصيلاً في المسألة، وإنما هو ضم شيء خارج عن المسألة إلى ما في المسألة كما لا يخفى.

نعم بعد ذلك ذكر كلاماً تبعاً للمحقق الرشتي والشهيد الثانيين وهو ما لا بأس به، قال: (إن إطلاق كلمات الأصحاب في هذا المقام لابد أن يترل إلى العيب

غير المستقر الذي لا يتمكن المالك من علاجه، لوضوح أن سراية العيب الذي يتمكن من إصلاحه غير مستند إلى العيب الأول الذي أحدث في يد الغاصب، لأن المالك بتركه الإصلاح أولى باستناد العيب إليه، وهذا ما قلناه في باب التخلل من أن تخلل الفعل الاختياري بين السبب وبين التلف يوجب سلب الاستناد العرفي إلى المسبب) إلى اخر كلامه، وهو جيد كما لا يخفى، والظاهر أن مراد الفقهاء أيضاً ذلك لا مطلقاً.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (قلت: يمكن منع عدم الضمان في الجرح، بل نفى الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترك المداواة حتى مات، قال: لأن السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح. نعم لو فصده الفصاد مداواة لمرضه بأمر الطبيب فترك شده، أو ترك كل منهما شده حتى نزف الدم فمات، فخيرة الكتاب والتحرير والإرشاد والتلخيص أنه لا ضمان على الفصاد. واستشكل فيه الفاضل في القصاص من استناد الموت إلى سراية الجرح، فهو كغيره من الجراحات التي يحمل المجروح مداواتها، وعلى كل حال فما نحن فيه من الأول) انتهى.

إذ لا وجه لذلك على ما عرفت.

قال في الشرائع: (ولو كان المغصوب بحاله رده، ولا يضمن تفاوت القيمة السوقية).

وقال في المسالك: (كما لو غصب ما قيمته عشرة ورده بحاله، وقد عادت قيمته إلى درهم، فإنه غير مضمون عند أكثر أهل العلم، لأن الفائت رغبات

الناس لا شيء من المغصوب فإنه عينه موجودة، فالواجب ردها، وقد أتى به).

ونحوه في ذلك كلام القواعد قال: (ولو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسة ثمّ انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي).

ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة وجامع المقاصد أيضاً.

وقال في الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه بيننا، خصوصاً إذا فات القيمة ثمّ عادت إلى ما كانت وقت الغصب، نعم لو كان التفاوت بسبب نقصان في العين ضمن ذلك) انتهى.

لكن يرد عليه أن مقتضى القاعدة ضمان التفاوت، فإذا غصبه وهو يسوي عشرة ويريد المالك بيعه مما سبب إضرار المالك عرفاً حيث رده إليه وتسوي قيمته درهم، فإنه يلزم عليه رد العين مع تسعة دراهم، لأنه هو الذي أضرّ المالك بهذا القدر، وأي فرق بين هذا وبين ردّه الجمد في الشتاء حيث اغتصبه في الصيف، أو رده الماء على النهر حيث اغتصبه في مكان شديد الحرارة للماء قيمة مرتفعة، وقد ذكرنا في مسألة غصب الحر ما ينفع المقام، كما ستأتي مسألة الماء والجمد.

قال في مفتاح الكرامة، عند قول العلامة: (ولا يكفي رفع يد المالك): (بل قد نقول: إنه يتجه الضمان إذا منعه من بيع متاعه في السوق، فنقصت قيمته مع بقاء العين وصفاتها لصدق الإضرار المنفي شرعاً) إلى أن قال: (والشهيد في بعض فتاواه حكم بالضمان في ذلك).

قال في الشرائع: فإن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثلياً.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل

إن كان مثلياً)، قال: (كما في الخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع وسائر ما تأخر عنها إلى الرياض، وبه طفحت عباراتهم في أبواب المعاملات، بل وغيرها، يأخذونه في الجميع مسلماً، وفي جامع المقاصد الإجماع عليه، وفي ظاهر كشف الرموز وصريح الرياض نفي الخلاف فيه. وقال في غاية المراد: أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بمثله، إلاّ ما يظهر من ابن الجنيد، فإنه قال: إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه، قال: ولعله يريد القيمي) انتهى.

وفي الجواهر عند قول المصنف المتقدم: (بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، بل هو من قطعيات الفقه كما يومي إليه أخذه مسلّماً في سائر أبوابه).

وفي جامع المقاصد: (الإجماع عليه)، إلى أن قال: (لكن لم نعثر في شيء مما وصلنا من الأدلة عدا معقد الإجماع والفتاوى على المثلي والقيمي عنواناً فيرجع فيهما كغيرهما إلى العرف بعد انتفاء الشرع).

أقول: هناك نصوص وردت بلفظ المثل والقيمة، كما أن هناك مثل «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، ومثل «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»[1]، ومثل «الغصب كلّه مردود»[2]، فمن ألفاظ المثل قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[3].

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح٢.

(٢) الوسائل: ج٦ ص٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

وقوله سبحانه: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به﴾[2].

وعن زرارة، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على أنها جاريته لم يبع ولم يهب، فقال: «يرد إليه جاريته ويعوضه بما انتفع»، قال: كأن معناه قيمة الولد[3].

وعن جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة، قال: «يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بقيمته»[4].

وعن زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباها يزعم أنها له، وأقام على ذلك البينة، قال: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه في قيمته ما أصاب من لبنها وخدمتها»[5].

وعن جميل بن دراج، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»[6].

---

(١) سورة الحج: الآية ٦٠.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص٥٩١ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح٣.

(٤) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح١.

(٥) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح٤.

(٦) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح٥.

وفي صحيحة أبي ولاد، قال: أكتريت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد، فاتبعته فظفرت به ورجعت إلى الكوفة، إلى أن قال: فأخبرت أبا عبد الله (عليه السلام)، فقال: «أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه»، قال: قلت: قد علفته بدراهم فلي عليه علفه، قال: «لا لأنك غاصب»، فقلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني، قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر، فقال: «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه»، قلت: فمن يعرف ذلك، قال: «أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكترى كذا وكذا فيلزمك»[1] الحديث.

وفي نوادر ما يتعلق بأبواب كتاب الغصب، من مستدرك الوسائل، عن دعائم الإسلام، عن أبي جعفر (عليه السلام) إنه قال: «إذا اغتصب الرجل أمة فهلكت عنده فهو ضامن لقيمتها، فإن كان قد وطأها فعلقت منه ثم استحقها صاحبها فأخذها وهي حبلى فماتت من النفاس، فالغاصب ضامن لقيمتها»[2].

وعن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قضى فيمن قتل دابة عبثاً، أو قطع شجراً، أو

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٩ من نوادر كتاب الغصب ح٢.

أفسد زرعاً، أو هدم بيتاً، أو عور بئراً أو نهراً أن يغرم قيمة ما استهلك وأفسد، وضرب جلدات نكالاً، فإن أخطأ و لم يتعمد ذلك فعليه الغرم ولا حبس ولا أدب، وما أصاب من بهيمة فعليه ما نقص من ثمنه»[1].

وكذا ورد في جملة من الروايات ما يشبه هذين اللفظين:

مثل ما عن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «فيمن نال من رجل شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلك»، إلى أن قال: «وإن فوتها المغتصب أعطى العوض منها، فإن لم يعرف أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء والمساكين، وتاب إلى الله عز وجل مما فعل»[2].

إلى روايات أخر تقدم بعضها:

مثل ما عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يأخذن متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، من أخذ عصا أخيه فليردها»[3].

وروى الشيخ، عن الخلفاني، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) يوماً إذ دخل عليه رجلان من أهل الكوفة من أصحابنا، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أعرفتهما»، قلت: نعم هما من مواليك، فقال: «نعم الحمد لله الذي جعل أجلة مواليّ من العراق»، فقال له أحد الرجلين: جعلت فداك إنه كان علي مال لرجل ينسب إلى بني عمار الصوارف بالكوفة، وله بذلك ذكر وحق وشهود، فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة، وذلك

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٩ من نوادر كتاب الغصب ح٦.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من نوادر كتاب الغصب ح٢.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ١ من نوادر كتاب الغصب ح٦.

لأني وثقت به، وقلت له: مزّق الذكر بالحق الذي عندك، فمات وتهاون بذلك و لم يمزقها، وأعقب هذا أن طالبني بالمال وراثه وحاكموني، وأخرجوا بذلك الذكر بالحق، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فباع علي قاضي الكوفة معيشة لي، وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضي، ثم إن ورثة الميت أقرّوا بأن المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه أن يرد علي معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة، فقال: إني أحب أن تسأل عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن هذا، فقال الرجل: جعلت فداك كيف أصنع،

قال: «عليك أن ترجع بمالك على الورثة، وترد المعيشة على صاحبها، وتخرج يدك عنها»، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير ذلك، قال: «نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمر الثمار، وكل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتراها يجب أن ترد كل ذلك، إلاّ ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للمزارع إما قيمة الزرع وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له وردّ عليك القيمة، وكان الزرع له».

قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرساً، قال: «له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه»، فقلت: جعلت فداك أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: «يرد ذلك إلى ما كان، أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها وردّ البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان أو رد القيمة، كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة

غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ورفع الفوائد عنها، كل ذلك فهو مردود إليه»[1].

وفي باب عدم جواز بيع الدين بالدين، عن محمد بن الفضيل، قال: قلت للرضا (عليه السلام): رجل اشترى ديناً على رجل، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إليّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، قال: «يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين، وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه»[2].

وفي بعض الروايات التعبير بأداء الحق، فعن جعفر بن محمد، عن آبائه، عن النبي (صلوات الله عليهم أجمعين) في حديث المناهي، إنه قال: «ومن مطل على ذي حق حقه وهو يقدر على أداء حقه، فعليه كل يوم خطيئة عشار»[3].

إلى غيرها من الروايات الموجودة في مختلف الأبواب.

وبذلك يعرف أنه في الغصب يجب رد العين إن أمكن، لأنه هو ما أخذته اليد، فقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[4]، معناه أداء نفس ذلك المأخوذ، ولأنه ملك لصاحبه إذ لم يتحول بسبب الغصب عن ملكية صاحبه، فيلزم أداؤه إليه لأن «الغصب كله مردود».

أما إذا لم يمكن رد العين فاللازم رد المثل في المثليات، إذ المثل أقرب إلى مثله من القيمة، فإذا لم يمكن رد المثل تحول إلى القيمة، لأنه أقرب إلى

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٢ من نوادر كتاب الغصب ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٠٠ الباب ١٥ من كتاب الدين والقرض ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٨٩ الباب ٨ من كتاب الدين والقرض ح٢.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح١٢.

الشيء المغصوب، وعليه فلا حق له في ردّ المثل أو القيمة ما دامت العين موجودة.

وإذا تلفت العين لا حق له في رد القيمة ما دام المثل موجوداً، كما لا حق له في ردّ شيء آخر، كما إذا غصب منه السكر فإنه لا حقّ له في إعطائه الشاي.

أما إذا لم يكن المثل موجوداً، كان اللازم رد القيمة، لا أن يرد بدل البغل مثلاً حماراً ولو بتلك القيمة، لأن الحمار ليس أقرب إلى البغل من القيمة، فإن العرف يرون أنه إذا لم يمكن المثل انتقل الأمر إلى القيمة، لا إلى شيء آخر يساويه في القيمة، وقد تكرر في الروايات السابقة لفظ القيمة.

ثم إن الصفات الموجودة في التالف بيد الغاصب على ثلاثة أقسام.

الأولى: ما يؤثر في المالية ويتفاوت الأغراض، كالحنطة العراقية والإيرانية، والبيضاء والسوداء وما أشبه، ولا شك في اعتبار هذه الصفات في المماثلة.

الثانية: ما لا يؤثر في المالية ولا في اختلاف الأغراض، ككون العين المغصوبة مثلاً أصلها مال فلان، أو زرعت في بستان زيد لا في بستان عمرو أو ما أشبه، فإن هذه الأمور لا اعتبار بها في المماثلة عرفاً، ولا تختلف بها الأغراض، ولا إشكال في عدم اعتبار مثل هذه الصفات في باب المماثلة.

الثالثة: ما يتفاوت بها بعض الأغراض دون بعض، وإن لم يكن فيها تفاوت عند عامة العقلاء، ولا تؤثر في المالية، مثلاً الشاة يراد منها اللحم ونحوه، ولا يراد منها أن يكون له قرن أم لا، وهل تعتبر مثل هذه الصفات، الظاهر أنه لا

اعتبار بها، حيث إن العبرة عند عامة العقلاء في المماثلة، لا عند بعض خاص، ولعل أصالة عدم تعلق الخصوصية غير العقلائية بالذمة هي المحكم، فإذا أصر المالك المغصوب منه على تلك الخصوصية لم يلزم استجابته، كما لا يلزم استجابته إذا طلب الخصوصية غير العقلائية، كما تقدم في القسم الثاني.

قال المحقق الرشتي: (الخصوصيات على أقسام، منها ما يؤثر في المالية ويبذل في مقابلها المال، كالحبشية في العبد والبياض في الحنطة ونحوهما مثلاً، ومنها ما لا يؤثر فيها شيئاً، لكنه مما يتعلق به الغرض العقلائي، والمراد به ما يكون مرغوباً إليه عند آحاد العقلاء وبعض أشخاصهم، لا عند عامتهم أو أكثرهم، فإن مثل ذلك يؤثر في جهة المالية قطعاً، ومنها ما ليس كذلك ككون العين المغصوبة مثلاً أصلها مال فلان أو إرثاً من زيد أو نحو ذلك، فإن أمثالها أغراض سفهية ليس لها محل في الشرع أصلاً، حتى أن اشتراطها في المبيع لغو جداً ولا يؤثر شيئاً.

ولا شبهة في اعتبار القسم الأول، كما لا شك في عدم اعتبار القسم الأخير، لأن المساواة العرفية المطلوبة بين البدل والمبدل لا تفوت بفوت مثل هذه الأوصاف عرفاً، لما بها من عدم الواقع عند العقلاء، فصار غير معتن عند الشارع أيضاً.

والمراد باعتبار الأول في التدارك هو جعل كل واحد من تلك الخصوصيات عنواناً كلياً، فيقال في التالف الحبشي مثلاً: إن المستقر في ذمة الغاصب العبد الحبشي، وهكذا سائر الخصوصيات.

وفي مراعاة القسم الثاني إشكال، من أن القاعدة المزبورة المقررة تعمّ الخصوصيات والأوصاف الموجودة في التالف بأسرها كما ذكرنا، خرج منه

الأوصاف المتعلقة بها غرض المالك سفهاً تخصيصاً للأدلة، ومن أن غير الأموال لا يعوض بها شرعاً ولا يجري فيها العقود المعاوضية، فيكشف من أنه ليس لها بدل أيضاً في الشرع، والجمود على عموم القاعدة المزبورة المستفادة من الأدلة يقتضي الأول، إلاّ أن يظهر في وجدان الفقيه من مهارته المخرج) انتهى.

لكن قوله: (حتى أن اشتراطها في البيع لغو جداً ولا يؤثر شيئاً) فيه نظر، إذ لا وجه لعدم عموم دليل الشرط لمثل ذلك، ولا تلازم بين الأمرين حتى يقال: إذا لم يلزم مثل ذلك الوصف، لأنه ليس داخلاً في المثلية والعقلائية في باب الغصب ونحوه لا يلزم حتى إذا شرط ذلك.

ثم إنا قد ذكرنا سابقاً وجوب رد المثل أو القيمة، وإن كانت العين موجودة في مورد بدل الحيلولة والمسوس والمبتل وما أشبه.

ومما تقدم يظهر أن ما ذكره المقدس الأردبيلي فيما حكي عنه هو مقتضى القاعدة، فإنه بعد أن أشكل فيما ذكروه من تعاريف المثل قال ما محصله:

(إن تحقيقه مشكل جداً، وهو مبنى أحكام كثيرة، والذي تقتضيه القواعد أنه لفظ عليه أحكام للإجماع والكتاب والسنة، وليس له تفسير في الشرع، وما ذكر مجرد اصطلاح فيمكن أن يحال إلى العرف، وهو كل ما يقال إن لهذا مثلاً عرفاً، يؤخذ به، فإن تعذر أو لم يكن أصلاً فالقيمة، بل ينبغي ملاحظة مثل المتلف فلا يجزي مطلق الحنطة عن الصنف الخاص المتلف، بل لا فرق بينها وبين الثوب، بل والفرس وغيرهما إذا كان لهما أمثال عرفية) انتهى.

ولا يرد عليه ما ذكره الجواهر حيث قال: (لكن ذلك كله كما ترى مخالف

للإجماع بقسميه، بل ولما هو كضروري الفقه بين العامة والخاصة، فيمكن أن يقال بملاحظة ذلك وملاحظة الأمر بالقيمة في الحيوانات والمنافع والسفرة الملتقطة في الطريق وكان فيها بيض ولحم وغيرهما، وغير ذلك مما ورد فيه الأمر بالقيمة وله أمثال عرفية، أنه لا يراد المثل العرفي بل هو شيء فوق ذلك، وهو المماثلة في غالب ما له مدخلية في مالية الشيء، لا المماثلة من كل وجه المتعذرة، ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، وهذا لا يكون إلاّ في الأشياء المتساوية المتقاربة في الصفات والمنافع، والمعلوم ظاهرها وباطنها. ومن هنا كان الحيوان قيمياً باعتبار أنه وإن وجد له مثل عرفاً، ولكن لم يعلم باطنه المختلف أشد اختلاف، وكذا الثوب بل والأرض التي فيها قطع متجاورات، والمنافع المختلفة كل الاختلاف باعتبار الاستيفاء، وفرض وجوب المثل المنطبق على المعنى المصطلح في بعض الأفراد لا يوافق قواعد الشرع، فلذا كان المدار على النوع بل الصنف) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنه لما أطلق المثل ولم يعين من قبل الشرع يلزم أن يكون المراد المثل العرفي، كما ذكره المقدس الأردبيلي، كسائر المواضع التي أطلق الشارع فيها المثل، أو الذي أطلق الشارع فيها موضوعاً ولم يحدده، فإن المرجع في فهم ذلك الموضوع العرف.

وثانياً: إنه لا إجماع بقسميه مخالف لما ذكره المقدس الأردبيلي، فإن كثيراً من الفقهاء أطلقوا لفظ المثلي والقيمي، ولم يعلم أنهم أرادوا غير ما يفهم منهما عرفاً، وحتى أن تفسيرهم بالمثلي بما يتساوى قيمة أجزائه لا يدل على أنهم

يريدون شيئاً يخالف العرف، حتى يكون كما ذكره الجواهر هو شيء فوق ذلك.

وثالثاً: إن ما في بعض الروايات من الأمر بالقيمة في الحيوان، كصحيحة أبي ولاد وما أشبه، لا يمكن أن يستفاد منه قاعدة كلية، بل لا يمكن أن يستفاد منه أن المراد بالقيمة القيمة في مقابل المثل، فإن المثل والقيمة كل واحد منهما يطلق على الآخر، فيما إذا لم يكن هنالك قرينة على التقابل بينهما، وقد تقدم في حديث الإمام الرضا (عليه السلام) إطلاق القيمة وإرادة المثل[1]، لأن ما ذكر فيه مثلي وليس بقيمي على الاصطلاح.

ورابعاً: إن كون الثوب والأرض من القيميات أيضاً محل إشكال وخلاف.

ولذا قال في جامع المقاصد: إن الثوب مثلي، على ما نقله عنه مفتاح الكرامة.

وكيف كان، فمما يؤيد أن ليس مراد الفقهاء غير العرف في المثلي والقيمي ما نقله مفتاح الكرامة عن الأستاذ بقوله: (لعل المراد التساوي المتعارف المعتد به عند أهل العرف، أي الذي يكون متساوي الأجزاء عرفاً يكون مثلياً، وغير المتساوي كذلك غير مثلي).

وما ذكرناه هو الذي استظهره السيد العاملي حيث قال في أواخر كلامه: (وكيف كان، فالظاهر أن المدار في هذه التعاريف على العرف، إذ ليس للمثل تفسير في الشرع، والظاهر أن المعنى اللغوي غير مراد، فإن المثل لغة هو

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٠٠ الباب ١٥ من أبواب الدين والقرض ح٣.

المشابه والمماثل في الجملة كما صرح به في مسألة لا يستوي، وقالوا: إن المراد المساواة بحسب العرف، لا من بعض الوجوه ولا من جميع الوجوه، فإن الأول موجود في الكل، والثاني موجب للاتحاد، والعرف إذا لم يتساهل و لم يتسامح قضى على الظاهر)، إلى آخر كلامه.

أما قول الجواهر: (المعلوم ظاهرها وباطنها)، ففيه: إن مثل الحنطة أيضاً ليس معلوماً ظاهرها وباطنها، فإن أريد العلم بجميع الخصوصيات فلا يتوفر حتى في المثلي الذي ذكروه، وإن أريد العلم في الجملة مما يعرفه أهل الخبرة فذلك موجود حتى في الحيوان.

نعم قول المحقق الأردبيلي بعد ذلك: (إنه إن أريد التساوي بالكليات، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من شيء إلاّ وأجزاؤه مختلفة في القيمة في الجملة، مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل إنه مثلي، فإن قفيزاً من الحنطة يساوي عشرة، وآخر يساوي عشرين، وبالجملة التفاوت معلوم، وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود مثل الثوب والأرض ونحوهما، وإن أريد مقداراً خاصاً فهو حوالة على المجهول) انتهى.

فيه: ما ذكرناه سابقاً من أن المثل على ثلاثة أقسام، والعرف يحكم بعدم الخصوصية في مثل، والخصوصية في مثل، وعدم المماثلة المطلوبة في المقام في مثل، وقد أشار هو (قدس سره) في آخر كلامه إلى ذلك فقال ما حاصله: (كل شيء يكون له مثل في العرف يؤخذ بدلاً كالحنطة، ولا يؤخذ كل حنطة بل الحنطة التي هي مثل ما أتلفها عرفاً وقيمةً، فتؤخذ الجيدة بدل الجيدة، ولا تؤخذ الرديئة بدل الجيدة وبالعكس، بل إذا كان ثوب مثل ثوب آخر في لونه

وصورته وقيمته، بحيث لا يفرق أهل العرف بينهما كان مثلاً له، وكذلك الشأن في الملاعق والمغارف والأشعار والأوبار ونحو ذلك) انتهى.

مع لزوم ملاحظة أن قوله: (تؤخذ الجيدة بدل الجيدة) لا يراد أيضاً مطلقاً، لأن الجودة أيضاً مختلفة، كما أن الرداءة أيضاً مختلفة.

والحاصل: لزوم إحالة الأمر إلى العرف كما تقدم، فإن العرف هو المحكم في الموضوعات التي لم يتصرف الشارع فيها زيادةً ونقصاً.

وقد عرفت وجود كلمة (المثل) وكلمة (القيمة)، بل وكلمة (ما أخذت) ونحو ذلك في الروايات، بل يمكن أن يقال: إنه لو لم تكن تلك الكلمات، أو قلنا بعدم دلالتها لزم الرجوع إلى ذلك أيضاً، فإن العرف يرون المثل ثم القيمة على التفصيل المتقدم، وحيث لم يتصرف الشارع فيما يراه العرف كان إمضاءً له، كما ذكروا مثله في باب المعاملات وغيرها.

وكيف كان، فقد قال في الشرائع في بيان تعريف المثلي: (وهو ما يتساوى قيمة أجزائه).

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وهو ما تتساوى قيمة أجزائه):

(كما في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والمسالك والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح، وفي الكفاية أنه المشهور. وقد زاد الشيخ وابن زهرة وكذا المصنف في التذكرة بعد التعريف المذكور التمثيل بقولهما: كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان، وما أشبه ذلك.

وعن التحرير: إنه ما تماثلت أجزاؤه وتقاربت صفاته.

وعن الدروس والروضة: إنه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات.

وعن المسالك والكفاية: إن تعريف الدروس أقرب التعريفات إلى السلامة.

وعن غاية المراد: إنه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية.

وعن التذكرة: إنه نقل (عن بعض فقهاء العامة تعريفه بأنه كل مقدر بكيل أو وزن، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلماً، لأن السلم يثبت بالوصف في الذمة، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الأصلين)[1].

ثم قال في مفتاح الكرامة: (والمراد بتساوي قيمة أجزائه تساوي قيمة أجزاء النوع منه كالحبوب والأدهان، فإن المقدار من النوع الواحد يساوي مثله في القيمة، ونصفه يساوي نصف قيمته، وقد نقضوه بالثوب والأرض، فإن قيمة أجزائهما متساوية وليسا مثليين، وفيه منع، فإن ذراعاً من الثوب أو الأرض قد يسوى درهماً، والآخر نصف درهم أو لا يسوى شيئاً، فإن حصلت المساواة عرفاً قلنا هما مثليان ولا مانع)[2].

والظاهر أن الجميع أشاروا إلى شيء واحد، لا أن ما في بعض عبائرهم تخالف مافي البعض الأخر، وانّما هي اختلاف التعبيرات.

وقد قلنا سابقاً: إن المثلي عرفي، سواء قلنا بأن لفظ المثل ورد في الشرع كما هو الظاهر، أو لم نقل بذلك، وإنما قلنا: بأن «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» ونحوه يستفاد منه المثل، وحيث إن الفقهاء من العرف فكلهم أشاروا إلى ذلك الشيء الواحد الذي في أذهانهم، متخذين من العرف معياراً فيما ذكروه من التعريفات.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص١٤١ ط الحديثة، عن تذكرة الفقهاء: ج٢ ص٣٨١، الغصب في الأعيان المالية.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص١٣٨ ــ ١٣٩ ط الحديثة.

ولذا رجع الجواهر بعد قوله السابق الذي حكيناه عنه، وأوردنا عليه قائلاً: (وعلى كل حال، فقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا أن المثلي المصطلح هو الذي يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثل له مساو، فيما له مدخلية في ماليته في غالب صنفه، وما ليس كذلك فهو قيمي، ولو لأن المغصوب مثلي معيب و لم يكن في غالب صنفه معيب كذلك، فيكون الحاصل أن المراد بالمثلي في كلامهم هو الذي له مثل، بمعنى أنه مساو له في جميع ما له مدخلية في ماليته من صفاته الذاتية، لا العرضية كالمكان والزمان على وجه يكون غالباً في صنفه، وما عداه قيمي)[1].

ومما تقدم ظهر أنه ليس الاعتبار بالجنس والنوع والوصف فقط، بل يشمل أيضاً صنف الصنف، وصنف صنف الصنف.

ثم إن إشكالهم في الثوب والآنية ونحوهما بكونها قيمية وليست مثلية، الظاهر أنه إنما كانت في الزمان السابق، حيث كانت تعمل هذه الأمور باليد، أما في مثل أزمنتنا حيث تعمل بالمكائن، فلا إشكال في كونها مثلية.

وبذلك ظهر أن النقدين في زماننا أيضاً مثلي، سواء كان من الذهب والفضة، أو النقود الورقية وما أشبه، وإن استشكلوا فيهما بالنسبة إلى الزمان السابق حيث اختلاف السكة ونحوها، كما ظهر ممّا تقدم أن الأصل هو المثلية، وأن القيمية خارجة عن ذلك لا بالإجماع والأخبار فحسب كما ذكره المحقق الرشتي، بل لأن مثل «الغصب كله مردود» ونحوه، إنما يفيد القيمي بعد تعذر المثلية أو تعسرها.

اللهم إلاّ أن يريد بالأخبار أعم من ذلك، قال: (ولعل السر فيه لزوم الحرج الشديد والضيق الأكيد من الإلزام فيها لتعذر تحصيل مثل القيمي في الغالب).

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٩٤ ــ ٩٥.

أما قوله بعد ذلك: (ثم بعد وجدان البدل بصفات المبدل المشار إليها يتحقق التدارك، ولو لم يكن مساوياً له في المالية، لأن نقصان المالية في هذا الفرض مستند إلى مختلف الرغبات غير المضمونة قطعاً، كما صرح به غير واحد)، إلى آخر كلامه.

فقد عرفت وجه النظر فيه، وأنه خلاف ظاهر الأدلة المعتبرة للمثل أو الرد.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (فإن تعذر المثل المجبور بعد أن كان موجوداً حين تلف المغصوب، كما في التذكرة والمسالك وغيرهما، ضمن قيمته أي المثل، بلا خلاف أجده فيه، بل قيل إنه إجماعي، لنفي الضرر وقبح التكليف بما لا يطاق والإضرار بتأخير الحق، فتعينت القيمة المزبورة جمعاً بين الحقين) انتهى.

وقال في القواعد: (فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز).

وفي مفتاح الكرامة: (أما أنه ينتقل إلى القيمة عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم، بل هو إجماعي، وأما أنها تلزم يوم الإقباض لا الإعواز، فمما صرح به في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، وهو قضية كلام من اقتصر على لزوم القيمة يوم الإقباض كالإرشاد وغيره، والحاصل إني لم أجد مخالفاً منا في ذلك) إلى آخر كلامه.

قلت: لأنه مكلف بالرد، فإذا لم يتمكن من الرد للمثل انتقل إلى القيمة، حيث إن القيمة أقرب إلى المثل عرفاً في المغصوب ونحوه.

لا يقال: مقتضى القاعدة رد الأقرب إلى المثل، وهو في الحيوان حيوان مثله

مثلاً، فإذا تعذرت الشاة رد الصخلة وبالعكس، وإذا تعذر الديك رد الدجاجة وبالعكس، لا أن يعطي القيمة، كما ذكروا مثل ذلك في الوقف والوصية والنذر إذا تعذر المصرف بعينه، حيث قالوا بالانتقال إلى الأقرب.

لأنه يقال: ما ذكروه في الأبواب الثلاثة لا ينظر به، لأنه من باب الارتكاز، وليس المقام من ذلك الباب، بل المقام من جهة أن الغاصب غصب من المغصوب منه شيئين عند التحليل: الجسم والروح، فإذا تعذر الجسم بقي الروح وهو القيمة، أما أن يجعل جسماً آخر في ضمن ذلك الروح فلا وجه له، ولذا لو أراد الرد في جسم آخر لم يجب على المغصوب منه القبول.

وبذلك جرت سيرة العقلاء، بالإضافة إلى الروايات الواردة بدفع القيمة مما لها إطلاق، إلاّ ما خرج في مثل المثلي، بل يصدق عرفاً على القيمة المثل إذا تعذر المثل، فيشمله مثل: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1]، وغيره من أدلة المثل، فهما مثلان، مثل أقرب ومثل أبعد، ولا يرجع إلى الأبعد ما دام الأقرب، أما إذا تعذر الأقرب فالمرجع الأبعد.

نعم يمكن أن يقال: إنه إذا كان المثل ممكناً في وقت آخر، ولم يكن بقائه في ذمه الغاصب ضرراً عليه منفياً بلاضرر، ولم يرض المغصوب منه بالقيمة، كان اللازم على الغاصب الصبر، حتى يتحصل المثل فيرده عليه.

ولذا قال في الجواهر: (لكن قد يناقش في كلامهم إن لم يكن إجماعاً، بأن ذلك لا يقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فإن له التأخير إلى حال التمكن من المثل، اللهم إلاّ أن يكون ذلك ضرراً على من عليه الحق،

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

ولو باعتبار بقاء ذمته مشغولة، بناءً على أن مثله ضرر منفي أيضاً، وفيه تأمل.

أو يقال: إنه مقتضى قوله (عليه السلام): «المغصوب مردود»[1]، بناءً على إرادة ما يشمل رد المثل أو القيمة من الرد فيه، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب، فيجب القبول على من له الحق مع دفع الحق) انتهى.

ومثل ذلك يقال: في مورد بدل الحيلولة، فإنه إذا تمكن الغاصب من رد العين ولو بعد مدة، كان للمغصوب منه الامتناع من أخذ بدله مثلاً أو قيمةً إلى وقت إمكان رد العين، لأن معنى «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[2] أن اللازم أولاً وبالذات رد العين، فإذا لم يمكن رد العين رد المثل أو القيمة.

ثم إنك قد عرفت أن الاعتبار عند المشهور بيوم الإقباض، لا يوم الإعواز، وذلك لأن الشيء لما تلف وكان مثلياً تعلق مثله بالذمة، ولا يتحول المثل إلى القيمة إلاّ بقبض الطرف المغصوب منه.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: (إن وجه ما عليه الأصحاب، أن الواجب في الذمة هو المثل، وعند إرادة التسليم ينتقل إلى القيمة لو تعذر المثل، ولو وجبت القيمة وقت الإعواز لكان إذا تمكن من المثل بعد الإعواز، ولم يسلم العوض لا يجزي تسليم المثل، لاستقرار القيمة في الذمة، والأصل بقاؤها، والتالي باطل) انتهى.

بل قد يقال: إن المعيار في القيمي أيضاً يوم الإقباض لا يوم التلف، إذ ظاهر «على اليد ما أخذت» أن نفس الشيء يتعلق بالذمة، فإذا كسر جوهر إنسان لا مثل

---

(١) الوسائل: ج٦ ص٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من العارية ح١٢.

له، أو ألقاه في البحر، فإنه يتعلق بذمته جوهر، فإذا كان ذلك الجوهر يوم التلف بمائة، ولكنه يوم الإقباض بألف، كان الواجب عليه أن يعطيه الألف، ولو انعكس بأن كان يوم التلف بألف وكان يوم الإقباض بمائة، وجب عليه إعطاء المائة، وهذا الوجه لا يخلو من قرب، وعليه فلا فرق في المثلي بين التعذر وقت الغصب، وبين التعذر الطارئي.

وعليه، فتقييد الجواهر عند شرح الشرائع قوله: (بعد أن كان موجوداً حين تلف المغصوب كما في التذكرة والمسالك وغيرهما) محل نظر، وما ذكره الجواهر من القيد ناقلاً عنهما هو ظاهر القواعد، وصريح المحكي عن جامع المقاصد، حيث فرق بين التعذر الابتدائي والطارئ بضمان القيمة في الأول والمثل في الثاني، فيكون الواجب في الأول مراعاة قيمة يوم التلف، وفي الثاني قيمة يوم الإقباض، وإن كان فرق بينهما بإمكان تسليم المثل في الثاني في برهة من الزمان، فيوجب استقراره في الذمة على وجه لا يرتفع بعد التعذر الطارئ ولو للاستصحاب، بخلاف الأول فإن تعذر المثل في الابتداء، أي في زمان التلف يمنع عن تعلق التكليف برده، فيمتنع استقراره في الذمة، فينتقل من حين التلف إلى القيمة ابتداءاً.

ولذا قال المحقق الرشتي: (ولا فرق في ذلك بين تعذر الابتداء والتعذر الطارئ بعد يوم الغصب، بأن كان المثل موجوداً في برهة من الزمن ثم انعدم، لأن تلف المثلي حينئذ يكون من جملة الأسباب الموجبة لاستقرار المتلف في الذمة، من غير مدخلية للتعرض للتعذر والتيسر إلاّ في كيفية التدارك، كقرض المثلي في حال تعذر المثل، فإنه يوجب استقرار المثل في الذمة، وإن كان الخروج عن عهدته بدفع القيمة).

إلى أن قال: (وما ذكروه من الفرق فاسد، لأن تعذر التسليم إن كان

يمنع عن ثبوته في الذمة فوجب الانتقال إلى القيمة من حين الإعواز الطارئ أيضاً، لا من حين الإقباض، وإلاّ فلا مانع من ثبوت المثل في الذمة في التعذر الابتدائي أيضاً، وإن كان الخروج عن عهدته بدفع القيمة) انتهى.

والعمدة ما ذكرناه، وإلاّ فوجه رده لهم نقضي، وقد ذكر الشافعي وجوهاً عشرة في المسألة نقلها التذكرة، وذكرها الجواهر بقوله: (لا أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، ولا أقصى قيمته من وقت التلف المغصوب إلى الإعواز، ولا أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت الإعواز، ولا أقصاها من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة، ولا أقصاها من وقت انقطاعه وإعوازه إلى وقت المطالبة، ولا أقصاها من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة، ولا قيمته يوم التلف، ولا قيمته يوم المطالبة، ولا أنه إن كان منقطعاً في جميع البلاد فالاعتبار بقيمته يوم الإعواز، وإن كان في تلك البقعة فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمة، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا) انتهى.

فإن كل تلك الوجوه لا وجه ظاهر لها، وإنما مقتضى القاعدة ما ذكرناه من يوم الدفع.

نعم، قد ذكرنا سابقاً أنه لو تضرر المغصوب منه بسبب غصبه، ولم يكن ما دفعه يوم الإقباض بقدر تضرره، لم يستبعد أن يكون ضامناً للتفاوت، مثلاً أتلفه يوم الخميس وطلبه يوم الجمعة، وقيمته الضعف فلم يعطه إلاّ السبت حيث قيمته النصف، فإنه لا يستبعد أن يكون ضامناً للنصف الآخر، لقاعدة «لا ضرر» على التقريب الذي ذكرناه فيما سبق، وذكروه في خياري العيب والغبن.

بل وكذا الحال فيما فاته ربحه المضاربي، كما ذكرنا مثله في مسألة غصب

الحر، وإن كان الفقهاء لا يقولون بذلك، لكنه مقتضى الصناعة حسب القواعد الاقتصادية.

ومنه يعلم حال رد المثل، لكنه كان التأخير سبباً لضرره باعتبار التنزّل الذي حصل، ولعلّه لما ذكرناه كان المحكي عن الإيضاح أن الأصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة، وإن قال في الجواهر: لم نعرفه لغيره.

قال في مفتاح الكرامة: والمراد بتعذر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه كما في التذكرة، وقد استظهر في جامع المقاصد أن المرجع فيه إلى العرف.

ونحوه ما في المسالك والكفاية من وصفه بكونه مما ينقل إليه عادة، كما ذكروه في انقطاع المسلم فيه، وقد يقال: إن مقتضى الأصل والغصب لزوم تحصيل المثل، ولو من البلاد النائية التي لا ينقل منها عادة ما لم يستلزم التكليف بالمحال، فتأمل.

وفي التحرير: (لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل، فالوجه وجوب الشراء) انتهى.

ونحوه ما في الجواهر، وكأنه أخذه منه، ومقتضى القاعدة أن المعيار رد المثل إذا لم يكن ضرراً أو حرجاً، وإلاّ فالضرر والحرج يرفعان التكليف حسب الآية والرواية، من غير فرق بين المغصوب وغير المغصوب.

ومنه يظهر أن تعليق الجواهر على كلام التحرير المتقدم بقوله: (وفيه: إنه مناف لما دل على نفي الضرر والحرج في الدين والخروج عنه في خصوص

رد العين المغصوبة لا يقتضي الخروج عنه في مثلها، فالمتجه جعل المدار على ذلك) انتهى.

محل تأمل، إذ قد تقدم أن رد العين المغصوبة أيضاً مقيد بلا ضرر ولا حرج لإطلاقهما، ولا دليل على أن الغصب يوجب الخروج عنهما.

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع: (ولو أعوز فحكم الحاكم بالقيمة فزادت أو نقصت، لم يلزم ما حكم به الحاكم، وحكم بالقيمة وقت تسليمها، لأن الثابت في الذمة ليس إلاّ المثل) انتهى.

وذلك لوضوح أن حكم الحاكم لا يغير الواقع، وإنما هو لبيان قدر الاستحقاق في ذلك الوقت، فلو دفع انتهى.

أما لو لم يدفع فالمثل باق في الذمة، فلو زاد أو نقص وجب على ذلك على ما ذكروه، وإن كنا قد تأملنا فيه فيما لو زاد ثم نقص، أو نقص بدون زيادة، حيث قلنا باحتمال وجوب الأكثر.

كما أنه ظهر مما تقدم أنه لو كان قيمياً ثم صار مثلياً فاللازم المثل، حيث قلنا سابقاً إنه حتى في القيمي مقتضى القاعدة تعلق نفس العين بالذمة، وإنما تنتقل إلى القيمة في وقت الدفع.

قال في مفتاح الكرامة: وفي التحرير والتذكرة والكتاب فيما يأتي، والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها: (إنه لو قدر على المثل بعد دفع القيمة لا يجب رد القيمة، لأنها إنما رجعت لتعذر المثل وهو باق، بخلاف ما لو قدر على العين بعد أداء القيمة، لأن القيمة ليست بدلاً عن العين حقيقة، وإنما هي مأخوذة للحيلولة، ثم إن العين عين حقه والمثل بدل، ولا يلزم من تمكينه من

الرجوع إلى عين حقه تمكينه من الرجوع إلى بدله) انتهى.

وهو كما ذكره، إلاّ أن في بدل الحيلولة إنما يصح ما ذكره إذا أعطى بدل الحيلولة، لا إذا أعطى عوضاً، فإنه إذا أعطى عوضاً صار المبدل منه ملكاً للباذل للبدل، فلا رجوع لصاحب المبدل منه إلى العين بعد حصوله.

ثم إن مقتضى قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1] وغيره من الأدلة اللفظية أو العرفية التي لم يغيرها الشارع ــ حيث إن موضوع الغصب والرد من المواضيع العرفية التي حكم عليها الشارع، فإذا لم يغير الموضوع فيهما كان مقتضى القاعدة الرجوع في العرف فيهما ــ ملاحظة الزمان والمكان والخصوصية.

مثلاً إذا غصب منه الماء على النهر حيث يسوى فلساً، لا حق للمالك مطالبته بقدر ذلك الماء في المدينة، حيث يسوى درهماً، وكذلك العكس إذا غصب منه الماء في المدينة حيث يسوى درهماً، لا يصح له إعطاؤه الماء على النهر حيث يسوى فلساً.

وهكذا بالنسبة إلى الزمان، فإذا غصب منه في الشتاء حيث الرخص بالنسبة إلى الملابس الصيفية، لا يحق للمالك المطالبة منه في الصيف حيث الغلاء لها، وكذلك بالعكس.

وهكذا بالنسبة إلى الخصوصيات، مثلاً غصب منه حيث لا جائر، وفي نفس الزمان والمكان يريد رده حيث الجائر، فإذا أعطاه الغاصب ماله غصبه الجائر أو السارق أو الحيوان المفترس افترس شاته مثلاً، فإنه لا حق له في إعطائه، وكذلك العكس لا حق للمالك في المطالبة منه فيما إذا أعطاه الغاصب عرف الجائر أن للغاصب مالاً فألجأه إلى أخذ المال منه، أو رأى السارق صرته

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

فسرقها، أو ما أشبه ذلك، فإن الحق من الطرفين.

فليس المعيار على التساوي أو الأكثرية أو الأقلية، وإنما المعيار على المثلية عرفاً، مثلاً غصب منه ديناراً في النجف الأشرف وأراد إعطاءه في مكة، فإن الدينار هنا وهناك وإن كانت قوته الشرائية متساوية، إلاّ أن المغصوب منه لا يمكنه إرجاع الدينار إلى بلده، ولا يفيده هناك، فإنه ليس للغاصب أن يعطيه بإجبار، وإنما للمالك أن لا يأخذ منه، ويقول: إنما غصبت مني الدينار في النجف، فردّ عليّ الدينار هناك.

وأوضح منه أنه لو غصب منه الدينار في مكان له قيمة، وأراد رده إليه في مكان لا قيمة له، لأن الحكومة تمنع من إخراج الدينار من البلد، ولا قيمة للدينار في ذلك البلد، فإنه لا يحق للغاصب إرجاعه إليه بعنوان أنه رد للمغصوب، ولو كان نفس الدينار الذي غصبه، فإنه لا يكون رداً للمثل أو القيمة أو العين المأمور به.

ومنه يعلم حال ما إذا كان في بلد تضخم وفي بلد لا تضخم فيه، أو في بلد تنزل وفي بلد لا تنزل فيه، فإن اللازم الدفع إليه مع ملاحظة التساوي في القوة الشرائية، مثلاً إذا غصب منه ألف تومان في الكويت، وقوة الألف في الكويت نصف قوة الألف في إيران، فإنه إذا أراد أن يرجعه إليه في إيران إنما له الحق في أن يرجع نصف الألف، أي خمسمائة تومان، لأن ألف تومان الكويت يساوي خمسمائة تومان في إيران، مثلاً لنفرض أن الألف في الكويت يعطى به بطانية، والخمسمائة في إيران يعطى به بطانية.

وكذا لو انعكس بأن غصب منه خمسمائة في إيران، فإنه إذا أراد أن

يعطيه في الكويت يجب أن يعطيه ألف، لأن ألف الكويت يساوي الخمسمائة في إيران على ماتقدم.

ولا يخفى أن القوة الشرائية التي يعبّر عنها بالتضخم والتترل والتساوي غير الفرق التجاري، كما أهما غير مسألة الكمارك التي تأخذها الحكومات الظلمة، ومسألة ما لوكان إخراج الجنس أو إدخاله يوجب ضرراً على البلد، فإن هذه مسائل أربع لكل مسألة حكمها، كما ذكرنا تفصيله في بعض كتبنا الاقتصادية، وبعض المباحث الفقهية الأخر.

وبذلك يظهر وجه النظر في كثير من الكلمات، مثل ما ذكره الجواهر قال: ولو أتلف الغاصب مثلياً، وظفر به المالك في غير مكان الإتلاف، فعن ابن إدريس: إن له إلزامه به في ذلك المكان، وإن كان هو أعلى قيمة من مكان الغصب، وكان حمله يحتاج إلى مؤنة، قال: لأنه الذي يقتضيه عدل الإسلام، والأدلة وأصول المذهب.

ووافقه الفاضل وولده والشهيد والكركي، لأن وجوب ردّ المظلمة فوري، ولا تراعى مصلحة من حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال.

لكن عن المبسوط ما حاصله: إنه إذا اختلفت القيمة، فللمالك قيمته في بلد الغصب، أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفي ذلك للضرر المنفي، ونوقش بمنافاته لفورية الحق، وبأن تأخير الأداء وردّ المظلمة ضرر على المالك، والضرر لا يزال بالضرر، بل قيل: إذا تعارض الضرران فالترجيح لنفي ضرر المالك، إذ الضرر المنفي إنما هو من شرع الحكم، والغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافاً إلى أنه يؤخذ بأشق الأحوال،

إلى أن قال: بل قد ينقدح من

ذلك أن على الغاصب ضمان المثل، وإن خرج بالزمان أو المكان عن التقويم.

كما لو أتلف عليه ماءً في مفازه ثم اجتمع على نهر، أو أتلف عليه جمداً في الصيف ثم اجتمع في الشتاء، وإن ذكر فيه القواعد احتمالين: ثانيهما أن عليه قيمة المثل في تلك المفازة أو الصيف من دون ترجيح.

بل في الدروس قوة الاحتمال الثاني، بل لعله خيرة الفخر، بل هو خيرة الفاضل في التذكرة، بل في جامع المقاصد نسبته إلى اختيار الأصحاب وغيره، وأنه لا محيص عنه، وإن كنا لم نعثر على من تعرض له بالخصوص غير من عرفت.

لكن قد عرفت أن الثابت في ذمته المثل، كما هو مقتضى إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع والمكان والزمان لا مدخلية له في حقيقة المثلية، وقاعدة الضرار مشتركة بينه وبين المالك، وأخذه بأشق الأحوال إنما هو في ردّ العين المغصوبة، لا المثل.

ولذا صرح في جامع المقاصد: (بل لعله ظاهر غيره أيضاً بعدم ضمانه غير المثل لو بقي له قيمة في الجملة في غير المكان المزبور، وإنما ذاك حيث لا يكون له قيمة، على أن المتجه بناءً على ذلك ضمانه المثل في أقرب الأماكن والأزمنة إلى النهر والشتاء، لا قيمته في ذلك المكان والزمان)، إلى آخر كلامه.

حيث قد عرفت مواقع النظر فيه وفي كلام غيره، وقد نقل أغلب ما ذكره من المنقولات عن مفتاح الكرامة فراجعهما.

ثم إن الشرائع قال: (وإن لم يكن مثلياً ضمن قيمته).

وقال في الجواهر: (بلا خلاف معتد به في ذلك هنا، نعم تقدم للمصنف في كتاب القرض ضمان القيمي بمثله، وقد سمعت الكلام فيه هناك) انتهى.

أقول: قد تقدم المناقشة في أمثالهم بالقيميات وقلنا: إن مقتضى القاعدة أن ميزان المثلي والقيمي هو ما يراه العرف مثلياً أو قيمياً، فالحيوان والإناء وما أشبه عرفاً من المثليات لا من القيميات إلاّ نادراً، خصوصاً الأواني والأقمشة والأحذية في عصرنا الحاضر، حيث إنها تصنع بالمكائن مما لا يشك العرف في أنها مثلية.

ويؤيده ما في أخبار العامة، عن عائشة، قالت: صنعت حفصة أو صفية طعاماً فبعثت بها إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، فأخذني الأفكل فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت، فقال: «إناء مثل الإناء، وطعام مثل الطعام»[1].

وعن أنس: إن امرأة كسرت قصعة أخرى، فدفع النبي (صلى الله عليه وآله) قصعة الكاسرة إلى صاحبة المكسورة وجبس المكسورة في بيته[2].

فلا داعي إلى حمل الجواهر الأخير منهما على علم النبي (صلى الله عليه وآله) بحصول الرضى.

كما أن مقتضى الجمع بين صحيح أبي ولاد ونصوص عتق الشريك، وبين مثل ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[3] وما أشبه، أن القيمة من باب المثال، لا أن القيمة من باب الخصوصية وأن الحيوان والعبد قيمي لا محالة.

---

(١) انظر سنن أبي داود: ج٢ ص٢٦٧.

(٢) أنظر سنن البيهقي: ج٦ ص٩٦.

(٣) سورة البقرة: الآية ٩٦.

فقد روى الشيخ في التهذيب، صحيحاً عن أبي ولاد، قال: أكتريت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى نحو النيل، فتوجهت إلى نحو النيل، فلما أتيت النبل خبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له أحد عشر درهماً ــ وفي نسخة: خمسة عشر درهماً ــ فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، وأخبرته بالقضية وأخبره الرجل، فقال: ما صنعت بالبغلة، قلت: قد دفعته إليه سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً، قال: فما تريد من الرجل، قال: أريد كراء بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً، فقال أبو حنيفة: إني ما أرى لك حقاً، لأنه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف، فركبه إلى النيل وإلى بغداد فيضمن فيه البغل وسقط الكراء، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراية.

قال: فخرجنا من عنده، وأخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة، وأعطيته شيئاً وتحللت منه وحججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله (عليه السلام) بما أفتى به أبو حنيفة، فقال (عليه السلام): «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركاتها»، فقلت لأبي عبد الله (عليه السلام): فما ترى أنت جعلت فداك، قال: «أرى له عليك مثل كري البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، وذاهباً من النيل إلى بغداد، ومثل كري البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه».

قال: قلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه، قال: «لا، لأنك غاصب»، قلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني، قال: «نعم قيمة بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر، قال: «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه»، قلت: فمن يعرف ذلك، قال: «أنت وهو، إما أن يحلف فيلزمك، وإن رد عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكترى كذا وكذا فيلزمك» الخبر(١).

ويؤيد عدم إرادة القيمة بخصوصها في مقابل المثل، وأنه من باب المثال حيث إن العرف في هذه الموارد يطلقون تارة القيمة وتارة المثل، قوله (عليه السلام) قبل ذلك: «أرى له عليك مثل كري البغل»، حيث إنه أتى بلفظ المثل، مع وضوح أن المراد أجرة البغل لا مثل أجرة البغل.

وكيف كان، فقد ورد في روايات عتق الشريك حصته من العبد والأمة أيضاً لفظ القيمة، كصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: «إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته»، فقال: «يقوّم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده»(٢).

وفي رواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «من كان شريكاً في عبد أو أمة، قليل أو كثير فأعتق حصته و لم يبعه، فليشتره من صاحبه فيعتقه كله،

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح١.

(٢) الوسائل: ج١٦ ص٢١ الباب ١٥ من أبواب العتق ح١.

وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق، ثم يستسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق»[1].

وعن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصفه وهو صغير، وأمسك الآخر حتى كبر الذي حرر نصفه، قال: يقوم قيمة يوم حرر الأول»[2] الحديث.

وعن سماعة، قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: «هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الذي أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه»[3].

وعن حريز، عمن أخبره، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سأل عن رجل أعتق غلاماً بينه وبين صاحبه، قال: «قد أفسد على صاحبه، فإن كان له مال أعطى نصف المال» الحديث.

إلى غير ذلك من الأحاديث في هذا الباب[4].

وربما يؤيد ما ذكرناه ما رواه الوسائل في باب أن الأصل في الناس الحرية، عن الهاشمي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل حر أقر أنه عبد، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «تأخذه بما قال، أو يؤدي المال»[5]. فإنه يدل على أن المال والعبد متساويان.

نعم إذا لم يكن للشيء المغصوب مثل عرفاً وصلت النوبة إلى القيمة، فتأمل.

---

(١) الوسائل: ج١٦ ص٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٦ ص٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح٤.

(٣) الوسائل: ج١٦ ص٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح٥.

(٤) الوسائل: ج١٦ ص٢٣ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح١١.

(٥) الوسائل: ج١٦ ص٣٤ الباب ٢٩ من أبواب جواز العتق ح٥.

وكيف كان، ففي القيمي الذي هو مقابل المثلي الذي عرف بما لا يكون لعقلاء العرف طريق إلى إحراز مساواة أفرادها في الصفات والخصوصيات، اختلفوا في القيمة الواجبة على الغاصب إذا تلف، إلى أقوال:

أحدها: ما نسبه الدروس إلى أكثر الأصحاب، وهو ضمان قيمة يوم التلف.

وثانيها: ضمان قيمة يوم الغصب، وقد نسبه المحقق في الشرائع إلى الأكثر.

وثالثها: ضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، وهو قول جماعة كثيرة من الأصحاب.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي، وأرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأي)، قال: (أما القول الأول: فهو خيرة المقنعة والمراسم والمبسوط والنهاية في موضع منهما، والنافع وكشف الرموز، وكأنه مال إليه في الإرشاد، وفي الشرائع والتحرير أنه مذهب الأكثر).

قال: (وأما قول أرفع القيم فهو خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية في موضع منهما، والوسيلة والغنية والسرائر والإيضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة على إشكال.

وكذا شرح الإرشاد للفخر، وفي بيع المختلف نسبته إلى علمائنا، وفي غصبه أنه أشهر، واستحسنه في الشرائع، وكأنه قال به أو مال إليه في الكفاية).

وفي المسالك: (إن في خبر أبي ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين)، وكأنه قال به وقواه في الروضة أيضاً.

أما القول بأنه حين التلف، ففي مفتاح الكرامة أنه خيرة الكتاب في آخر باب البيع، والتذكرة والمختلف والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمحكي عن القاضي وفي الدروس، وكذا الروضة نسبته إلى الأكثر، وقد يظهر من النافع أنه ليس قولاً لأحد، وإنما هو مجرد وجه.

ثم إنه استدل للقول الأول، الذي تقدم عن الدروس نسبته إلى أكثر الأصحاب بضمان يوم التلف: بأن التلف إنما أوجب اشتغال الذمة بالبدل المتصف بالبدلية بالفعل، والبدل الفعلي ليس سوى قيمة يوم التلف، لأن القيم المفروضة في الأزمنه المتقدمة والمتأخرة كلها أبدال فرضية، بعضها لعدم تحقق شرط الضمان الذي هو شرط صيرورة القيمة بدلاً، نظراً إلى منافاة اتصاف الشيء بالبدلية مع كون مبدله موجوداً، وبعضها لعدم حصول زمانه الذي يعتبر في وجوده الفعلي أيضاً، حيث إن يوم التلف قبله الواجب على الغاصب رد العين فلم ينتقل إلى البدل، وبعده قد انتقل العين إلى البدل بالتلف، فلا وجه لأن يكون ذلك البدل بعد يوم التلف بدلاً.

ويرد عليه: إن بالتلف انتقل المغصوب إلى الذمة من الخارج، فلا وجه لانتقاله إلى البدل، فلا يصح قولهم: إنه انتقل إلى البدل وهو القيمة.

واستدل للقول الثاني: بأن يوم الغصب أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان ليس بالمثل، إذ المفروض أنه لا مثل له، وإنما هو بالقيمة فيقضي بالضمان من حين دخول العين في ضمان الغاصب، كما ذكره المسالك وغيره.

وقد وجهه المحقق الرشتي بمقايسة المسألة بضمان الحيلولة، فإن ضمان الحيلولة إذا كان مستنداً إلى فوات سلطنة المالك على ماله، على أن يكون البدل بدلاً عنها لا عن العين، فهذا المستند بعينه موجود مع عدم الحيلولة، إذ العبرة في فوات السلطنة بعجز المالك عن التصرف لا عجز الغاصب عن التسليم، فكما أن الحيلولة سبب لاشتغال ذمة الحائل، كذلك الغصب سبب لاشتغال ذمة الغاصب، والجامع تفويت السلطنة دون تلف العين.

هذا بالإضافة إلى ما تقدم في صحيحة أبي ولاد من قوله: أرأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمني، فقال الصادق (عليه السلام): «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»[1].

بل يمكن أن يستدل لهذا القول أيضاً ببعض الروايات المتقدمة فيمن أعتق مملوكاً له فيه شريك، كقوله (عليه السلام): «نظر قيمة يوم أعتق»، وقوله (عليه السلام): «يقوم قيمة يوم حرر»[2].

ويرد على أول الوجهين: إن دخول العين في ضمان الغاصب ليس معناه أنه إذا تلف يكون الضمان بقيمة يوم الغصب، بل معناه أنه ضمنه في قبال ما إذا كان لم يضمنه، حيث يكون تلفه على المالك لا على الغاصب، والتشبيه ببدل الحيلولة لا وجه له، ثم إنه لا يسلم في بدل الحيلولة أنه بدل يوم الحيلولة، وإنما هناك أيضاً يجب أن نقول بأعلى القيم.

فإذا ألقى إبريق إنسان في البحر وكانت قيمته يوم الإلقاء عشرة، وهذا اليوم الذي يريد التسليم عشرين، وجب عليه تسليم عشرين، إذ أنه بإلقائه

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح١.

(٢) الوسائل: ج١٦ ص٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح٤.

الإبريق في البحر تعلق بذمته إبريق، فإذا أراد التسليم وجب تسليم الأكثر لا تسليم قيمة يوم الدفع، كماسيأتي الإلماع إليه في المذهب الثالث، وهو أعلى القيم كما نختاره.

أما الصحيحة ففي الجواب عن دلالتها تفصيل ذكرناه في المكاسب، ونذكر هنا أن احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله: نعم، يسقطها عن الدلالة، فيكون المراد: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، بمعنى أنها تتعلق بذلك اليوم، وحينئذ فحدّ القيمة غير مبين فيه، فلا ينافي ما دل على القيمة يوم التلف أو أعلى القيم.

هذا بالإضافة إلى أن قوله (عليه السلام): «حين أكترى»[1]، دليل على عدم التفاوت في القيمة في هذه المدة القليلة وعلى الاستصحاب، وإلاّ فلم يقل أحد باعتبار القيمة حين الاكتراء، وبهذا يظهر الجواب عن روايات العتق، بل هذا هو المنصرف عند العرف، حيث إن القيم لا تختلف غالباً في المدة القليلة، خصوصاً في الأزمنة السابقة، حيث لم تكن هذه الطوارئ والمفاجئات الموجودة في زماننا الآن.

أما القول الثالث: وهو ضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، فهو الموافق للقاعدة في الجملة، مع إضافة ما ذكره المحقق في أحد قوليه، من أنه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين رد القيمة، أي إنه أضاف الأعلى بين يوم التلف ويوم رد القيمة.

وهذا الذي قد يعد رابع الأقوال، هو مقتضى القاعدة، وذلك لأنه عيناً

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح١.

ما دامت العين موجودة، ومثلاً بعد تلف العين مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم، لشمول دليل «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» له.

لا يقال: على هذا إذا ارتفعت القيمة ثم انخفضت ثم رده عليه يلزم عليه التفاوت، والإجماع على عدم لزوم رد التفاوت.

لأنه يقال: الإجماع محتمل الاستناد، فاللازم القول بذلك إذا كان المالك يريد بيعه في وقت ارتفاع القيمة لشمول دليل «لا ضرر» له، فإنه قد أضره بحفظه عنده في وقت إرادته بيعه عند ارتفاع السوق.

مثلاً هيأ البغل لأن يبيعه في أيام ذهاب الحجاج، حيث في تلك الأيام البغل قيمته على الضعف، فغصبه الغاصب وكان البغل عنده في أيام ذهاب الحجاج، وبعد ذهابهم رده على مالكه حين صارت القيمة على النصف، فلماذا لا يكون هذا الغاصب ضامناً للتفاوت، مع أنه هو الذي أضر هذا المالك بقدر التفاوت كما ذكرنا مثله سابقاً في مسألة ضمان الحر.

وبما ذكرناه ظهر الجواب عن إشكال المحقق الرشتي، على هذا الوجه بقوله: (إن الضمان في جميع الأزمنة إذا أريد به التنجيزي بمعنى عدم انتظار التلف فهو واضح المنع، ولذا لو رد العين لم يجب شيء آخر، ولعله غير مراد، وإن أريد به التعليقي فإن أريد به التعليق على التلف في ذلك الزمان فمسلّم، لكن المفروض عدمه، وإن أريد به التعليق على التلف مطلقاً ولو في الزمان المتأخر، فهو عين الدعوى، إذ لم يقم عليه دليل) انتهى.

إذ قد عرفت أن المختار هو الوجه الأول في كلامه، وقوله: (ولذا لو رد العين لم يجب شيء آخر) عين الدعوى، كما أنه ظهر بذلك وجه الإشكال في

قول الجواهر في رد هذا القول قال: (هو أضعف من القول الثالث، إذ هو كما قيل مبني على أن القيمي يضمن بمثله كالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة عند دفعها لتعذر المثل، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة، لأن الزائد في كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده، ولهذا لو دفع العين حال الزيادة كانت للمالك، فإذا تلفت في يده ضمنها) انتهى.

إذ فيه: إن المبنى صحيح، فقد ذكرنا سابقاً أن القيمي يضمن بمثله كالمثلي، فلا وجه لفساد المبنى حتى يفسد البناء.

ولذا قال الجواهر بعد ذلك: (ولعله لذا قيل إن وجه القول قاعدة الضرر، وذلك لأن عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه، وتفويت لتلك المنفعة العليا، ومن هنا كان هو خيرة العلامة الأكبر الآغا محمد باقر البهبهاني فيما حكي عنه، إلاّ أنك قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن رد العين نفسها وهو مخالف للإجماع بقسميه) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا وجه ظاهر للإجماع حتى يكون مستنداً بعد احتمال استناده احتمالاً ظاهراً، بالإضافة إلى أنه لو فرض عدم استناده يناقش فيه صغرى.

نعم قد تقدم في مسألة غصب الحر أنه فيما إذا كان يريد المالك بيعه، حيث إنه في هذا الحال يعد ضرراً لا مطلقاً.

ثم إنه لو سلّم عدم شمول دليل «على اليد» فيما إذا أراد المالك البيع في وقت علو القيمة، فلا يسلم عدم شمول دليل «لا ضرر»، و«فوقها»[1].

ومثله يأتي فيما إذا تلفت العين، حيث تعلق المثل بذمة الغاصب ثم ارتفع على فرض وجوده، فإنه ضامن لهذا الارتفاع إذا أراد البيع وقت الارتفاع، وإن تنزل بعد ذلك في وقت إرادة تسليمه القيمة.

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

ثم إنه إن لم يفت بالقول الرابع، فالظاهر أنه لا محيص عن الفتوى بالقول الثالث الذي تقدم عن المختلف نسبته إلى علمائنا.

وكيف كان، فقد تبين بذلك أن دليل «على اليد» بضميمة دليل «لا ضرر»، و«لا يتوى حق امرئ مسلم»[1]، و«فوقها»[2]، و﴿فاعتدوا﴾، ونحوها وما أشبه يفيد ضمان الغاصب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين إقباض البدل، فيما إذا عدّ ضرراً، بل وحتى إذا رد العين، أما إذا لم يعد ضرراً فلا يكون ضمان.

نعم، لا دلالة في صحيحة أبي ولاد[3] على ذلك، كما لا دلالة فيها على ما ذكره المسالك من أن خبر أبي ولاد فيه ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، وقواه في محكي الروضة أيضاً.

وان كان ربما استدل له بما في الجواهر، من أنه بناءً على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قول نعم، فيكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف فيضمن الأعلى منه حينئذ، قال: بل إن جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة.

ثم رده الجواهر بقوله: إلاّ أن ذلك كله كما ترى تجشم وخبط بين الضمان التقديري المتحقق بالمخالفة، والضمان التحقيقي الحاصل يوم التلف كما هو واضح.

كما أن منه ظهر صحة استدلال العلامة في محكي التحرير على أعلى

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٥ ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

(٣) الوسائل: ج١٦ ص٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح١.

القيم، بأن زمان أعلى القيم زمان إزالة يد المالك عن مالية ماله، فيضمن ما أزاله عنه من المالية على تقدير التلف.

ولا يرد عليه إشكال المحقق الرشتي بقوله: إنه يرد عليه أن قيمة العين في جميع الأزمنة مضمونة بشرط تلفها في تلك الأزمنة لا فيما بعد، وإلاّ فالمضمون قيمة يوم التلف خاصة.

وأما إزالة يد المالك عن العين التي هي عبارة أخرى عن الحيلولة، ففيه: إن ملخص هذا الكلام يرجع إلى القول: بأن منع المالك مثلاً عن بيع متاعه بدون وضع اليد عليه حتى نزل سبب لضمان القدر النازل، وإلاّ فقاعدة اليد لا تقتضي ذلك.

إذ فيه: إن أعلى القيم قد وضع الغاصب يده عليه، فعليه أن يرده إذا تحقق مصداق الضرر كما ذكرناه، بخلاف ما إذا لم يتحقق مصداق الضرر بأن لم يكن يريد بيعه مثلاً في وقت أعلى القيمة، حيث لا يصدق عليه أنه أضره بأعلى القيمة، كما إذا أرجعه مثلاً إليه.

ولذا الذي ذكرناه من اعتبار صدق الضرر، استدل بقاعدة «لا ضرر» في محكي الرياض، تبعاً لخاله العلامة.

وتضعيف المحقق الرشتي له (بأن نفي الضرر لا يشرع أحكاماً لو لم يحصل الضرر، بل إنما يرفع شرعية الأحكام الضررية المدلول عليها بعموم أدلتها) انتهى.

غير ظاهر، فقد تقدم أن «لا ضرر» أيضاً يثبت الأحكام كما ذكره المحقق الرشتي وغيره في مسألة خيار العيب وخيار الغبن وغيرهما، فإنه تابع للعرف، والعرف يرون أنه ضرّره، فلا ضرر يقتضي أن يعطيه حتى لا يتحقق التضرر، وإلاّ فإذا قرره الشارع على أن لا يعطي فقد سبب الشارع الضرر.

هذا بالإضافة إلى ما ذكرناه من أن أحكام المعاملات تقريريات، وكلما لم يمنع الشارع عن شيء عرفي، فمقتضى القاعدة أنه مقرر له، والعرف يرون في مثل المقام أنه ضرّره بأعلى القيم، وعليه تدارك الضرر، وعليه فلا وجه ظاهر لضمان قيمة يوم الغصب أو ضمان قيمة يوم التلف.

بل قال في الجواهر بعد كلام مؤيد لأعلى القيم بين الوقتين: (لعله لذا كان المعروف بين الأصحاب ضمان الأعلى، بل لم يذكر بعضهم قيمة يوم التلف قولاً، بل ولا وجهاً، بل لم نتحققه ممن تقدم على الفاضل وإن حكي عن القاضي، بل سمعت نسبته في الدروس إلى الأكثر) انتهى.

لكن اللازم أن يضاف إلى ذلك أعلى القيم إلى وقت التسليم، لما تقدم من أنه ما دام لم يسلّم فهو في ذمته، فللمغصوب منه أن يقول في وقت ارتفاع القيمة بعد التلف: أعطني أيها الغاصب فرسي حتى أبيعه مثلاً بمائة، وحيث لا يتمكن من إعطاء فرسه يلزم عليه أن يعطيه المائة، لا أن يعطيه الخمسين مثلاً، وهو قيمة يوم التلف أو ما أشبه ذلك.

ثم إن المصرح به في المسالك والروضة وتبعهما الجواهر وغيره، أن محل الخلاف ما إذا كان نقصان القيمة مستنداً إلى السوق، أما إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون، بل في الجواهر: ادعاء الإجماع على ذلك.

وهكذا ينبغي القول بالضمان إذا كان مستعداً للإنتاج، فسبب الغاصب عدم إنتاجه، كما إذا كانت شياهه مستعدة للحمل في فصل الربيع بما يسبب مثلاً له زيادة مائة، فلما غصبها الغاصب لم يفعل ما تنتج الشياه، فإنها مضمونة أيضاً على الغاصب، كما تقدم مثله في مثل إيجار الدار ونحوه.

ولعل اشتهار قولهم: (الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال) وإن لم يكن هذا اللفظ وارداً في نص على حسب ما ذكروا، ناشئ مما ذكرناه من الجمع بين الأدلة المذكورة.

ثم إنا قد ألمعنا سابقاً إلى أن الاعتبار بمكان الغصب، فإذا أريد أعطاؤه في مكان آخر لزم ملاحظة التترل والتضخم بين البلدين.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره المحقق الرشتي قائلاً: (الأقوى أن المذكور في تعيين زمان القيمة جار في تعيين مكانها أيضاً، توضيح المسألة: إن مكان الغصب ومكان التلف قد يختلفان، فإن اتحد قيمة العين فيهما فلا بحث، وإلاّ فهل العبرة بمكان الغصب، أو مكان التلف، أو أعلى القيم من مكان الغصب إلى مكان التلف. وأما الأمكنة الخارجة عما بين المكانين التي لم يمر بالمغصوب عليها فلا عبرة بها قطعاً، الظاهر الجريان لاتحاد مناط المسألتين، فمن اعتبر يوم الغصب لكونه أول زمان دخول العين في العهدة، لزم أن يعتبر مكانه لكونه أول أمكنة دخولها في الضمان. نعم التمسك بالصحيحة المزبورة هنا يحتاج إلى عدم الجمود على ظاهرها، بدعوى استنباط المناط المشترك بين يوم المخالفة ومكانها، وهكذا إلى سائر الأقوال والأدلة) انتهى.

وعلى ما ذكرناه، فإذا غصب فرسه في العراق وهو يسوى مائة، ثم جاء به إلى ايران وأتلفه في إيران حيث يسوى خمسين، كان للمالك أن يطلب منه المائة، لكن في العراق لا في ايران، أما إذا أراد منه في إيران فإنه يعطيه الخمسين

لأن خمسين إيران يعادل مائة العراق حسب الفرض.

كما أنه لو انعكس بأن كان يسوى في إيران مائتين، لزم عليه إذا أراد أعطاءه في إيران أن يعطيه مائتين، لأن مائتي إيران يعادل مائة العراق.

أما المكانات الأخر التي مر عليها، أو لم يمر عليها، فلا ربط لها بالمسألة، فقوله: (أعلى القيم من مكان الغصب إلى مكان التلف، أما كون الأمكنة الخارجة عما بين المكانين التي لم يمر بالمغصوب عليها، فلا عبرة بها)، محل نظر في قسمه الأول، وإن كان قسمة الثاني صحيحاً، فتأمل.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين أن يكون اختلاف المكانين لاختلاف التضخم والتنزل، أو لاختلاف الطقس، مثلاً كان في العراق حاراً، وفي إيران بارداً ولو في نفس اليوم، حيث تحرك بالطائرة، فكان في العراق الملابس الصيفية تسوى ضعف إيران، أو كان العكس مثلاً.

ومنه يعلم حال القسم الثالث، وهو إن كان اختلاف الطقس سبباً لاختلاف القيمة لا لجهة الحرارة والبرودة، وإنما لجهة أن المغصوب في أحد الطقسين يدوم أكثر من نفس هذا المغصوب في الطقس الآخر، مما سبب زيادة القيمة أو نقيصتها.

ولا يخفى أن فرق التضخم والتنزل بين البلدين غير مسألة الكمرك، ومسألة مخارج التجارة والنقل، فإنهما لا يرتبطان بالأمر.

فإذا غصب فرسه في العراق وهو مائة، وجاء به إلى إيران وهو مائة، لكن أخذ منه الكمرك مثلاً عشرين، لا ربط لهذا الكمرك بالمغصوب منه، أو أنه صرف للإتيان به إلى إيران عشرين، فإنه لا ربط له بالضمان وقدره، كما تقدم في صحيحة أبي ولاد بالنسبة إلى العلف:

قال: قلت: جعلت فداك قد علفته

بدراهم فلي عليه علفه، قال: «لا، لأنك غاصب»[1].

نعم إذا سبب اختلاف المكان زيادة في العين، كما إذا كان الطقس بالمكان المنقول إليه أحسن فسمن الحيوان مثلاً، فإن السمن للغاصب كما تقدم، ونقلنا بعض الروايات في ذلك عن الوسائل في كتاب التجارة باب جواز بيع الأصول، وحكم من اشترى نخلاً ليقطعه للجذوع، وغيرها من الأدلة فراجع.

ثم إن الشرائع قال: (والذهب والفضة يضمنان بمثلهما).

وقال الشيخ: (بنقد البلد، كما لو أتلف مالاً مثل له ولو تعذر المثل، فإن كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد، وإن كان من جنسه واتفق المضمون والنقد وزناً صح، وإن كان أحدهما أكثر قوّم بغير جنسه ليسلم من الربا، ولا يظن أن الربا يختص بالبيع، بل هو ثابت في كل معاوضة على ربويين متفقي الجنس) انتهى.

أقول: ما ذكره الشرائع هو المشهور، كما ادعاه في المسالك والجواهر وغيرهما، قال الأول: (كون الذهب والفضة مثليين هو المشهور بين الأصحاب بناءً على أن أجزاءه مما لا يختلف فيه القيمة، إما مطلقاً أو مع تقارب صفاته، ويمكن جريانه على باقي التعريفات، لأنه موزون ويصح السلف فيه، ويجوز بيع بعضه ببعض في الجملة).

ثم قال: ولعل نظر الشيخ إلى اختلاف المضروب منه في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، فلا يجري عليه تعريف المثلي بأنه ما تساوت قيمة أجزائه، ولا ريب في ضعف القول المزبور، كالاستدلال له بما ذكره الجواهر.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح١.

بأن فيه مع إطلاق الشيخ قيمة الذهب والفضة لا خصوص الدراهم والدنانير منهما، أنه لا ريب في حصول التساوي في أجزاء أصنافهما) انتهى.

لكن المحقق الرشتي نفى أن يكون الشيخ قال بذلك، قال: (وقد يمنع ما نسب إلى الشيخ من قوله بعدم مثلية الذهب والفضة، لأنه إنما حكم بضمانهما بنقد البلد و لم يحكم بكونهما قيميين، والضمان بنقد البلد لا ينافي مثليتهما، خصوصاً مع ملاحظة تشبيهه بالأمثلة كما نقله في الشرائع، فإن ظاهر التشبيه المغايرة، وفيه تأمل) انتهى.

وكيف كان، فالظاهر أنهما مثليان نقده بنقده، وغير نقده بغير نقده، كما أنه يلزم أن يلاحظ موازين العيارات في الذهب والفضة، فإن عياراته مختلفة تبتدئ من اثني عشر وتنتهي إلى ست وعشرين، كما هو متعارف في العراق وإيران بين الصياغ وغيرهم.

ثم إنه يأتي هنا مسألة اختلاف القيمة بين الذهب المغصوب والذهب المعطى، وكذلك في الفضة من جهة اختلاف البلدين في التضخم، أو في الكمرك، أو في أجرة الحمل والنقل ونحوها، وكذلك اختلاف الزمانين بسبب التضخم والتنزل ونحوهما.

ويمكن أن يقال: إنه لا يستلزم الربا، مثلاً كانت القوة الشرائية لمثقال الذهب قبل سنة ضعف القوة الشرائية للمثقال في هذه السنة، فإذا غصب منه مثقالاً من الذهب في السنة الماضية وجب عليه رده ضعفاً، وإذا كانت القوة الشرائية في السنة الماضية بقدر النصف رده عليه الآن بقدر النصف، وكذلك بالنسبة إلى البلدين، فتأمل.

وهكذا بالنسبة إلى ما غصب منه مسكوكاً قيمته ضعف غير المسكوك مثلاً،

أو قيمته نصف قيمة غير المسكوك مثلاً لعوارض خارجية، لأن الربا هو ما كان فساد المال، كما في النص المتقدم عن الإمام الرضا (عليه السلام)[1]، وهذا خلافه فساد المال.

والمحكي عن ابن إدريس في رد كون ما إذا كان أحدهما أكثر يقوم بغير جنسه ويؤخذ قيمته ليسلم من الربا، أنه قال: يمنع ثبوت الربا هنا لأنه مختص بالبيع، فلا يضر اختلافهما في الوزن.

وكذا لو عاد فرده مع أرش النقص من جنسه، وإن تقدم من الشرائع قوله: ولا يظن أن الربا يختص بالبيع، إلى آخر كلامه.

ولذا قال في الجواهر هنا: (إنك قد عرفت قوة احتمال منع الربا في الغرامات، بل ممّا ذكر يعلم الحال في المغصوب ذي الصنعة إذا كان من النقدين، وكان نقد البلد الذي هو قيمة له موافقاً له في الحس، ومختلفاً معه في الوزن، فإن كونه قيمياً لا يدفع احتمال الربا عنه، بل لابد من تقويمه بغير الجنس حينئذ، إلاّ بناءً على ما ذكرناه من عدم جريان الربا في الغرامات) انتهى.

وتفصيل المسألة في بيع الصرف، وإن كان ما ذكرناه هنا مقتضى الصناعة.

ويؤيد ما ذكرناه ما ذكره الشرائع بعد ذلك بقوله: (ولو كان في المغصوب صنعة محللة لها قيمة غالباً كان على الغاصب مثل الأصل وقيمة الصنعة، وإن زاد عن الأصل، ربوياً كان أو غير ربوي، لأن للصنعة قيمة تظهر لو أزيلت عدواناً ولو من غير غصب).

وقال في الجواهر تعليقاً له: (فلا يكون من الربا الذي هو الزيادة في أحد

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٠٠ الباب ١٥ من أبواب الدَين والقرض ح٣.

العوضين، كما صرح بذلك كلّه في محكي المبسوط والسرائر والتحرير والإرشاد وموضع من التذكرة، انتهى.

إذ أي فرق بين المقام وبين المسألة السابقة، حيث إن الاعتبار لو كان بالوزن لكان هنا أيضاً حراماً لأنه ربوي، وإن كان الاعتبار بالقيمة كان اللازم أن يكون هناك أيضاً الاعتبار بالقيمة من غير ملاحظة الربا.

بل يؤيد ذلك قوله سبحانه: ﴿من ربا ليربوا في أموال الناس﴾[1]، فإن هذا ليس يربوا في أموال الناس، وإنما مال الناس مقابل التالف، بل لا يسمى رباً عرفاً ولغةً، وإن كان يحتمل تسميته ربا اصطلاحاً فقهياً عند من لا يجوز ذلك.

ولذا احتملنا الصحة في باب القرض أيضاً، كما إذا أقرضه ديناراً وبعد سنة مثلاً يأخذ منه نصف دينار، أو دينارين للتترل أو التضخم، فإن شيئاً من ذلك لا يسمى رباً وفساداً للمال، بل الاقتصار على نفس القدر ربا وفساد للمال.

وبذلك يظهر أن إشكال الدروس بعموم الربا في المسألة الأخيرة، أو المغصوب للصنعة المحللة غير ظاهر الوجه، وإن زاد عليه في المسالك: (أنه لم يخرج بالصنعة عن أصله وإنما اشتمل على وصف زائد، وقد صرّحوا في باب الربا بأنّه لا فرق بين المصنوع وغيره في المنع من المعاوضة عليه بالزيادة، وهذا أقوى، فضمانها بالقيمة أظهر، مع أنا نمنع من بقائه مثلياً بعد الصنعة، لأن أجزاءه ليست متفقة القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها) انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المحقق الرشتي من إحصائه للموارد

---

(١) سورة الروم: الآية ٣٩.

التي ذكرها الفقهاء، مؤيداً لمجيء الربا هنا بقوله:

(ولذا ترى الفقهاء لا يرضون بصيرورة البدل زائداً في الغرامات أيضاً، بل في غيرها من الأبدال الاضطرارية وغيرها، ومن ذلك ما ذكروه في بيع الصرف من أنه لو ظهر في أحد العوضين عيب وجب رده وأخذ بدله مكانه، ولا يجوز إمساكه مع أخذ الأرش، فإن الأرش من الغرامات، إلاّ أنه جزء من الثمن.

ومنها: ما ذكروه في القسمة، من أنه لو مزج جيداً برديء من الربويات كالحنطة لم يجز في التقسيم تقليل قسمة صاحب الرديء، أو توفير صاحب الجيد في الوزن، مع أن القسمة لا معاوضة ولا غرامة.

ومنها: ما ذكروه في الوصية، من أنه لو هايا الموصي بأن باع ثلاثة أمنان من الحنطة التي تسوي ثلثه، لم يجز للموصى له على القول بكون المنجزات من الثلث أخذ نصف المبيع بتمام الثمن وهو منّ ونصفه، وأخذ ثلث المبيع، معللاً بأن ذلك يؤدي إلى الربا، لوقوع منّين ونصف في مقابل ثلاثة أمنان، مع أن أصل المعاوضة التي صدرت من الموصي لم يكن ربا، ونفوذ وصية الموصي لا يعد معاوضة ولا غرامة.

ومنها: ماذكروه في كتاب الصلح، من أنه لا يجوز الصلح عن قيمة الثوب التالف الذي يسوى درهماً بدرهمين للزوم الربا، حيث إن القيميات مضمون بالقيمة، ووجهوا قول المحقق بجوازه أنه مبني على مختاره في القرض من ضمان القيمي بالمثل أيضاً) انتهى كلامه رفع مقامه.

فإن تكرار ذكر موارد فتوى جماعة من الفقهاء لا يوجب قياس المقام بها بعد عدم شمول الدليل للمقام، بل تلك الأمثلة أيضاً محل مناقشة، إلاّ فيما

ورد دليل خاص فيه، كما ذكرنا بعض المناقشات في تلك الأمثلة في أبوابها، والله سبحانه العالم.

ثم إنه لو أتلف الغاصب الصنعة فقط، فإنه لا ينبغي الإشكال في ضمان الصنعة، لأن الصنعة شيء للمغصوب منه ذو قيمة، فإتلافها يوجب رد الغاصب أو شبه الغاصب، كما إذا أتلفها جهلاً أو نسياناً أو في حالة نوم أو ما أشبه، لدليل «لا ضرر» و«لا يتوى» وإن «الغصب مردود» وغير ذلك.

ولذا قال في الجواهر: (لو تلفت الصنعة فقط فإنه يضمنها، ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الإناء لانتفاء الربا، إذ لا معاوضة بين جنسين، لا حقيقية ولا حكمية)، ثم قال: (وظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذ قيمية فليس للمالك الإلزام بعودها، كما أنه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجاني، وفرق واضح بين المقام وبين الإلزام بتسوية الحفر في الأرض الذي هو من قبيل رد المغصوب إلى محله) انتهى.

لكن فيه: إنه لا وجه للفرق بين المسألتين، فلماذا يحق له في المسألة الثانية الإلزام بتسوية الحفر، ولا حق له فيما نحن فيه بالإلزام بصنع الصنعة، بل الظاهر أن الإلزام بصنع الصنعة كما كانت مقدم على الإلزام بالقيمة، لأنه رد نفس المغصوب، وما دام يمكن رد نفس المغصوب عرفاً فلا تصل النوبة إلى القيمة، اللهم إلاّ إذا كان هنالك دليل خاص، أو إجماع قطعي غير محتمل الاستناد، مع أن في كليهما تأملاً.

نعم إذا كانت الصنعة محرمة، كما في آنية الذهب والفضة والصنم والصليب وغيرها، لم يضمنها، سواء أتلفها خاصة، أو مع موضعها، كما ذكره الشرائع

وغيره، بل عن الكفاية نسبته إلى قطع الأصحاب.

وفي الجواهر: لا خلاف أجده فيه، لوضوح أن الغصب لا يصيّر ما لا قيمة له شرعاً ذا قيمة، ولا يجعل ما هو محرم يجب إتلافه على جميع المكلفين، من غير فرق بين الغاصب وغيره قيمياً محترماً، ولذا يجوز كسر ذلك من باب النهي عن المنكر، ولو كسره بلا غصب كما في النوم أو الجهل أو ما أشبه لا يكون ضامناً.

ويدل على ذلك أيضاً بعض الروايات:

فقد روى الدعائم، عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام)، إنه قال: «من تعدى على شيءٍ مما لا يحل كسبه فأتلفه فلا شيء عليه فيه، ورفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله»[1].

وعن أبي جعفر (عليه السلام)، إنه قال: «من كسر بربطاً أو لعبة من اللعب أو بعض الملاهي، أو خرق زق مسكر أو خمر فقد أحسن ولا غرم عليه»[2].

ولذا قال العلامة في القواعد: وإذا كسرت آلة الملاهي فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمة الرضاض، وكذا الصليب، بل غيره أيضاً صرح بذلك.

وعن الكفاية نسبة ذلك كله إلى قطع الأصحاب.

وإن كان ربما يقال: إنه لو أحرقت أيضاً لا يضمن إذا كان من باب النهي عن المنكر، كما ذكرناه في كتاب النهي عن المنكر، فيما توقف النهي عن المنكر عليه، كما أنه كذلك إذا دخل حانوت خمار وكسر القنينات التي فيها الخمر، وهو ما صرح بمثله في رواية خرق زق المسكر.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢٧١ الباب ٢١ من أبواب موجبات الضمان ح٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢٧١ الباب ٢١ من أبواب موجبات الضمان ح٣.

وقد روي عن أبي الدرداء، أنه خرق زق مسكر معاوية في قصة مذكورة في التواريخ.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد: لو أتلف آنية الذهب، ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكال، ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها، بل وربما يؤيده أن النبي (صلى الله عليه وآله) كسر أصنام المشركين ودفنها[1]، لكن ظاهرهم الاختلاف في ذلك.

فقد قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة المتقدم: فإن أحرقت ضمن قيمة الرضاض كما هو قضية كلام المبسوط، وصريح التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية، وفي التذكرة: من أحرقها فعليه قيمتها في الحدّ المشروع.

واحتج عليه في جامع المقاصد بأن الرضاض، وهو الذي يبقى بعد الكسر محترم.

لكن مفتاح الكرامة بعد ذلك قال: إن معنى كلام صاحب جامع المقاصد (أنه مملوك... وقد تقدم في باب المكاسب أن آلات اللهو لا تعد مالاً، وأنها غير مملوكة في ظاهر كلام جماعة، وقد استدللنا لهم بالخبر والقاعدة، وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك، والأمر في الصلبان والأصنام واضح ولا قائل بالفرق على الظاهر)[2] انتهى.

وكيف كان، فإشكال العلامة في تلف آنية الذهب من ضمان الزائد بالصنعة نظر، وإن تبعه ولده، وقيل في وجهه: إن هذا الاستيلاء مضمون بكونه عادياً

---

(١) انظر البحار: ج٢١ ص١١٧ ح١٥.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص١٥٥ ط الحديثة.

وجميع ما ينقص فيه مضمون، وللصنعة في حد ذاتها قيمة وإن كانت محرمة في نظر الشارع، إذ هذا التعليل مردود بأنه لا يتصور العدوان بإزالة المحرم ورفع المنكر.

نعم لو قلنا بجواز اتخاذ أواني الذهب والفضة، وإنما قلنا بحرمة الصنعة يكون الحال فيما إذا أزال الصنعة حال ما لو أتلف حلياً.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: (إن قلنا بجواز اتخاذها كان كما لو أتلف حلياً، فإنه لا إشكال حينئذ في ضمان الزائد بالصنعة فيه).

ثم الظاهر أنه إذا توقف النهي عن المنكر بكسر الصليب والصنم وما أشبه على أي من الزائد والناقص اقتصر، لأنه يتحقق النهي عن المنكر بذلك، فالزيادة تصرف في مال الناس بغير حق، إلاّ إذا كان كل واحد من الأمرين مصداق النهي عن المنكر، فيتخير بينهما، وإن كان أحدهما أزيد من الآخر كما ذكروا في التخيير بين الأقل والأكثر، كما هو الحال في باب قتل الكافر المحارب حيث إنه مقتضى القاعدة الاقتصار على ما يتحقق لا الأكثر من ذلك، إلاّ إذا كان الأكثر والأقل فردي التخيير، والحاصل: إن الأمر عرفي لا دقي عقلي.

ومنه يعلم وجه النظر في كلا رأي العامة، وتأييد الجواهر لأولهما على الإطلاق، قال:

(نعم للعامة خلاف في الحد المشروع لإبطالها على وجهين:

أحدهما: إنها تكسر حتى تنتهي إلى حد لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها، وعن الكركي أنه ليس ببعيد، لأنه أزجر لمن هي له، وفيه: إنه تعد عن الإذن في التصرف في مال الغير، ومن هنا كان الأظهر عند

العامة أنها لا تكسر الكسر الفاحش، لكنها تفصل، ولكن في حد التفصيل عندهم وجهان:

أحدهما: إنها تفصل مقداراً لا تصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه البريط وترك على شكل قصعة كفى.

والثاني: تفصل إلى حد لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب.

ولا ريب في أن الأظهر منهما الأول اقتصاراً في حرمة التصرف في مال الغير على مقدار الإذن، بل لا يبعد الضمان على من تجاوز الحد المزبور، فيضمن حينئذ التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به) انتهى.

لأن الامر عرفي لا دقي، نعم إن تعدى عن العرفية و لم يكن في ذلك زجر وردع زائد يحتاج إليه كان ذلك موجباً للضمان.

ثم إنه ذكر في الشرائع: (إنه لو كان المغصوب دابة، فجنى عليها الغاصب أو غيره، أو عابت من قبل الله سبحانه ردها مع أرش النقصان، وتتساوى بهيمة القاضي وغيره في الأرش) انتهى.

أقول: يدل على الحكم الأول إطلاق الأدلة، وخصوص صحيح أبي ولاد السابق.

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

ويدل على الحكم الثاني بالإضافة إلى إطلاق الأدلة السابقة، أنه مقتضى القاعدة، لأن النظر في الضمان إلى نفس المال، لا إلى غرض المالك.

ويؤيده ما رواه محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في أربعة أنفس شركاء في بعير، فعقله أحدهم فانطلق البعير يعبث

بعقاله فتردى فانكسر، فقال أصحابه للذي عقله: أغرم لنا بعيرنا، قال: فقضى بينهم أن يغرموا له حظه من أجل أنه أوثق حظه، فذهب حظهم بحظه»[1].

فإن ظاهره أن الغرامة بقدر البعير لا بقدر مالك البعير.

ونحوه رواية الطوسي في النهاية، قال: «وقضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في بعير بين أربعة نفر، فعقل أحدهم يده فتخطى إلى بئر فوقع فيها فاندق، أن على الشركاءِ الثلاثة أن يغرموا له الربع من قيمته، لأنه حفظه وضيعه عليه الباقون بترك عقالهم إياه»[2].

كما يؤيده أيضاً الروايات التي ذكروها في باب حكم الدابة إذا جنت على أخرى في كتاب الديات.

وأيد الحكم الجواهر أيضاً بقوله: (ولذا كان في وطي الولد جارية الأب بالشبهة مهر المثل كما في وطي الأجنبي، وإن حرمت بالأول على الأب كما هو واضح) انتهى.

وعلى هذا، فيؤيده أيضاً كل وطي محرم زوجة على الزوج، نعم لا يبعد المحكي عن التذكرة حيث قال: (لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة إلى أربابه، كما لو غصب حجة إنسان بدين أو ملك، فالأقرب ضمان التفاوت بالنسبة إلى ربه إن غصبه منه، وإن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة، بل ربما يساوي قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير)[3]، ثم جعل الشأن في الخاتم والنعل بالنسبة إلى كبر الأصبع وغيره كذلك.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٠٧ الباب ٣٩ من أبواب الضمان ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢٧٢ الباب ٢٨ من أبواب الضمان ح١.

(٣) انظر تذكرة الفقهاء: ص٣٩١ ط القديمة.

أقول: وجهه حديث «لا يتوى[1]» و «لا ضرر»[2] وما أشبه، فلو كان كبير الرِجل لا يصنع له في المتعارف حذاء كبير، وإنما أعطي مثلاً ضعف قيمة الحذاء حتى صنع له هذا الحذاء، ثم إنه لم تكن له قيمة بقدر ذلك في السوق، بل كانت قيمة أقل من الحذاء المتعارف لقلة الابتلاء والاحتياج إلى مثل هذا الحذاء، فإنه إذا أتلفه إنسان كان اللازم عليه ضمان قدر ما أنفق فيه لا ضمان قيمته السوقية، لأنه هو الذي سبب ضرره وتوى حقه.

وكذلك إذا صنع دواءً لمرضه بقدر مائة درهم مثلاً، لكن هذا الدواء لا قيمة له في السوق إطلاقاً فأتلفه، فإن مقتضى القاعدة أنه ضامن للمائة، لأنه سبب ضرره بهذا القدر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يعلم أن قول الجواهر في رد التذكرة: (لم أجده لغيره، كما أنه لا وجه له واضح ضرورة عدم ثبوت مالية للشيء في نفسه عرفاً بذلك، بل ظاهر كلام الأصحاب خلافه) انتهى، غير ظاهر الوجه.

وعلى هذا فإذا أتلف المتلف وثيقة دين أو رهن أو ما أشبه مما سبّب ضياع حق ذلك الإنسان صاحب الوثيقة، لزم عليه إعطاء قدر حقه لا قدر قيمة الوثيقة التي هي عبارة عن ورق، لأنه أضره وتوى حقه بقدر المال لا بقدر الورق.

أما إذا لم يكن لرد المال قيمة عنده، وإنما كانت له قيمة في السوق فأتلفه، فالضمان بقدر القيمة السوقية لإطلاق أدلته، فلا تلازم بين المسألتين حتى يقال كما أنه يزداد بالنسبة إلى الرد كذلك يجب أن ينقص بالنسبة إليه لوجود «لا ضرر»

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح٣.

و «لا يتوى» في مورد الزيادة، وعدم وجود مثلهما في مورد النقيصة، وإنما في مورد النقيصة يلزم الرجوع إلى القواعد الأولية.

أما مسألة نصهم على بهيمة القاضي، فهو لخلاف مالك وأحمد، من أن في قطع ذنب بهيمة القاضي تمام القيمة، لأنها لا تصلح له بعد ذلك، وفيه ما عرفت، ولذا كان المحكي عن الدروس اتباع المحقق حيث قال: إن مركوب القاضي كغيره وإن صيره أبتر.

ولا فرق في كل ذلك بين أن يكون العيب من الغاصب، أو من قبل الله سبحانه وتعالى، لأنه في ضمانه، ويدل عليه ما تقدم من صحيح أبي ولاد وغيره.

فلا يقال: إنه كان يعيب من قبل الله تعالى حتى إذا كان عند المالك وتحت سلطته، وعليه فلا ضمان بالنسبة إلى هذا العيب على الغاصب، وكذلك الحال إذا عيبه غير الغاصب، نعم مقتضى القاعدة أن يكون قرار الضمان على الذي عيبه.

ثم من الواضح أن الضمان في الأرش يكون بقدر الضرر لا بقدر الجناية.

فإذا قطع ذنب حيوان مثلاً فسبب شلله، هذا يكون عليه الأرش أكثر مما إذا قطع ذنبه فلم يسبب شلله، وذلك لدليل «لا يتوى»[1]، و«لا ضرر»[2] ونحوهما.

أما إذا لم يكن للعيب أرش، كما إذا شق أذن الحيوان، بما لا فرق في قيمته صحيحاً ومعيباً، فلا شيء عليه.

ولو زادت قيمته بالعيب، فالظاهر أن الغاصب يملك بقدر الزيادة، لما تقدم من بعض الروايات، ولظاهر قوله سبحانه:

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح٣.

﴿أن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[1]، مما يدل على أن سعي كل إنسان لنفسه، وكونه غاصباً لا يوجب ارتفاع الحكم الوضعي.

قال في الجواهر: (ولا تقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابة، بل يرجع إلى الأرش السوقي، وروي في عين الدابة ربع قيمتها، وحكى الشيخ في المبسوط والخلاف عن الأصحاب في عين الدابة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتها، وكذا كل ما في البدن منه اثنان، والرجوع إلى أرش السوقي أشبه) انتهى.

والروايات الواردة في عين الدابة ما رواه أبو العباس، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها»[2].

وفي صحيح عمر بن أذينة: كتبت إلى أبي عبد الله (عليه السلام) أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي (عليه السلام) في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها، فقال (عليه السلام): «صدق الحسن، قال علي (عليه السلام) ذلك»[3].

وفي الصحيح، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى علي (عليه السلام) في عين فرس فقئت ربع ثمنها»[4].

وعن مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن علياً (عليه السلام) قضى في عين دابة ربع الثمن»[5].

وعن الشيخ الطوسي في كتاب النهاية: وفي عين الدابة إذا فقئت ربع

(١) سورة النجم: الآية ٣٩.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح١.

(٣) الوسائل: ج١٩ ص٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٩ ص٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح٣.

(٥) الوسائل: ج١٩ ص٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح٤.

قيمتها على ما جاءت به الآثار»[1].

وفي الجعفريات، بسند الأئمة (علهيم السلام) إلى علي (عليه السلام) قال: «قضى في عين الدابة ربع قيمتها»[2].

أما ما حكاه المحقق عن الشيخ من نصف القيمة، فقد قال الشيخ في محكي المبسوط: روى أصحابنا في عين الدابة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتها، وكذلك قالوا في سائر الأطراف مما في البدن منه اثنان ففيه كمال القيمة.

وقال في محكي الخلاف: إذا قلع عين دابة كان عليه نصف قيمتها، وفي العينين جميع قيمتها، وكذا كل ما كان في البدن منه اثنان، ففي الاثنين جميع القيمة، وفي الواحد نصف قيمتها، دليلنا إجماع الفرقة وأخبارها، لكن ذكر غير واحد من الفقهاء أنهم لم يظفروا بروايات النصف.

ولا يخفى أن الروايات المتقدمة في ربع القيمة لا يمكن العمل بها، لإعراض المشهور عنها.

قال في المسالك: (والأصح وجوب الأرش مطلقاً، لضعف ما أوجب التقدير، فإن هذه الروايات لا يقول الشيخ بمضمونها، وما ادعاه لم نقف فيه على رواية) انتهى.

وقبل ذلك نقل عن الشيخ في المبسوط أنه وافق المشهور في الأرش، ولعل علياً (عليه السلام) قال ذلك في مورد خاص، أي عين فرس خاص، وكان الأرش

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢٨٣ الباب ٤٣ من أبواب ديات الأعضاء ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢٨٣ الباب ٤٣ من أبواب ديات الأعضاء ح٢.

مطابقاً لربع القيمة، لا أنه قاله مطلقاً، أو أن الأمر محمول على التقية كما في صحيح ابن أذينة روايته عن الحسن البصري، والحسن البصري من المنحرفين عن علي (عليه السلام)، كما لا يخفى لمن راجع الرجال.

وفي الجواهر: (لم نجد بها عاملاً سوى ما عن النهاية والوسيلة من أنه في فقاء عين البهيمة ربع قيمتها، بعد الحكم فيهما أيضاً أن الجناية على أعضائها بحسب قيمتها، ولولا ندرة القائل بذلك لكان العمل بها في خصوص العين متجهاً)[1] انتهى.

بل النهاية كتاب الروايات، يعني أنه أخذ مضمون الروايات وجعلها فتوى، فليس قوتها كقوة الكتب الفتوائية.

وكيف كان، فالظاهر كون الدابة كسائر الأموال، ففي عيبها الأرش، مأكول اللحم كالشاة أم لا.

ولذا قال في الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (لكن هجر الرواية مع فرضه ومعارضتها بما سمعت منع من العمل بها، كما أنه منع من العمل بما حكاه الشيخ من الإجماع والأخبار، حيث لم نعرف ذلك لأحد ممن تقدمه لا فتوىً ولا روايةً، بل فتواه نفسه وروايته بخلافه. وبذلك كله ظهر لك أن ما عليه المشهور من الرجوع إلى الأرش السوقي مطلقاً أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأنه مال كغيره من الأموال، ولا يقاس على الإنسان في ذلك، كما لا يقاس على العبد في الرجوع إلى دية الحر مع التجاوز)، إلى آخر كلامه.

(١) الجواهر: ج٣٧ ص١١٤.

ثم الظاهر أنه لو قطع إذن الحيوان أو يده أو رجله، أو فقأ عينه ثم أرجعه إلى مكانه بعمل جراحي، لم يكن عليه شيء إذا لم تتفاوت القيمة، إذ ظاهر أدلة الأرش أنه فيما كان باقياً، وإلاّ إذا لم يبق فقد رد الغصب وشمله «الغصب كله مردود» ونحوه.

أما إذا جرحه أو أعماه وطاب هو بنفسه فهو ضامن، لأن الطيب من الله سبحانه وتعالى، والضمان ثبت فلا وجه لارتفاعه بالطيب فتأمل.

وحيث كان اللازم الأرش فلا ينبغي التكلم حول ما كان لم يفقأ العين، وإنما أعماها مثلاً، أو أعمى نصف العين مثلاً، أو أنه قلع وأتلف ما في الحيوان أكثر من الاثنين مثل الأسنان، أو كان الحيوان ذا ثلاثة عيون فرضاً.

ولا فرق بين أن يكون النقص بسبب في ذاته أرش، أو كان النقص سبباً لعيب آخر، مثلاً قلع سناً من أسنان الحيوان فلم يتمكن من الأكل، بينما أنه إذا كان متمكناً من الأكل لم يكن عليه شيء، لأن في قلع سنه لم يكن تفاوت بين الصحيح والمعيب، وكذا الحال إذا سبب جنون الحيوان مثلاً، فإنه يؤخذ منه الأرش، ومسائل الضمان في الحيوان كثيرة، ذكرنا جملة منها في كتاب الديات.

ولو أمن الحيوان أو السيارة أو ما أشبه فسبب ضرراً فأعطى الضرر التأمين، لم يجب على صاحب الحيوان أو السيارة التدارك بعد ذلك، بل الواجب على التأمين العطاء حسب العقد بين صاحب السيارة وبين التأمين.

نعم لا يلزم على المتضرر أن يراجع التأمين، وإنما له أن يراجع نفس الذي عطبه، فإذا رجع إلى التأمين لم يرجع التأمين إلى العاطب، وأما إذا راجع العاطب حق للعاطب أن يرجع التأمين حسب القاعدة،

وقد ألمعنا إلى هذه المسألة في كتابي إحياء الموات والديات، وغيرهما.

أما إذا كان التأمين حسب عقده يعطي أقل من العطب، فإذا أخذه المعطوب منه حق له أن يراجع العاطب في التفاوت.

وإذا أعطى أكثر من الأرش أو الدية المقررة شرعاً، فإنه لا يصح للمعطوب منه أخذ التفاوت الزائد، لأنه لا حق له إلاّ بالتصالح، حيث ذكرنا في كتاب الديات أنه يصح التصالح بالأكثر، فهو مثل أن يصالح عن الدين الذي هو أقل بالأكثر.

نعم يشترط في عقد التأمين أن يكون حسب شروط سائر العقود.

ثم إن الفقهاء (رحمهم الله) هنا ذكروا مسألة غصب العبد أو الأمة، وحيث عدم الابتلاء في الحال الحاضر، فعلى الطالب أن يرجع إلى كتبهم.

(**مسألة ٢١**): قال في الشرائع: (وإذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل، ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة، ولو عادت كان لكل منهما الرجوع).

وقال في الجواهر: (كما صرح بذلك كله غير واحد من أساطين الأصحاب كالشيخ وابن إدريس والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم، بل في المسالك نسبته إليهم مشعراً بالاتفاق عليه، بل في محكي الخلاف والغنية نفي الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين).

أقول: أما إذا تعذر تسليم المغصوب وجب دفع الغاصب البدل فذلك لنصوص الضمان والإجماع، فلا إشكال في الأمر، وأما أنه يملكه فلأنه ظاهر النصوص، بالإضافة إلى الإجماع، فإن معنى الضمان المنطوق به في الروايات، والمفهوم من بعض الروايات الآخر هو ذلك.

فعن محمد بن الحسين، قال: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل دفع إلى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله، أو لم يأمره في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه، فوقع (عليه السلام): «هو ضامن لها إن شاء الله»[1].

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق، فقال: «إن كان أميناً فلا غرم عليه»[2].

وفي رواية أخرى زيادة: وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٩ الباب ٥ من أبواب أحكام الوديعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٧ الباب ١ من أبواب أحكام الوديعة ح٧.

أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»[1].

وفي رواية ثالثة، عن مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد (عليه السلام)، قال: سمعته يقول: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً»[2].

فإن المفهوم من الشرط الضمان إذا لم يكن كذلك.

وكذا في الدلالة مفهوماً رواية الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا أحرز الرجل الوديعة حيث يجب أن تحرز الودائع، ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت أو نسيها أو هلكت من غير خيانة منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه»[3].

هذا بالإضافة إلى عمومات مثل: «على اليد»، ومثل: ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[4]، ومثل: ﴿ومن عاقب بما عوقب به﴾[5]، إلى غير ذلك مما تقدم جملة منها، بل ولصدق التلف في مثل السرقة وضلال الدابة ووقوع الشيء في البحر، فيشمله «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»[6].

والظاهر أن الغاصب ونحوه بعد دفعه البدل يملك المبدل منه، لدليل «لا ضرر»، و«لا يتوى حق امرئ مسلم»[7]، و«حقوق المسلمين لا تبطل»[8]، ولعرفية عدم

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٧ الباب ١ من أبواب أحكام الوديعة ح٨.

(٢) الدعائم: ج٢.

(٣) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٤) سورة الحج: الآية ٦٠.

(٥) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح٢.

(٦) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب الشهادات ح٥.

(٧) الوسائل: ج١٤ ص٢١٠ الباب ٦ من عقد النكاح ح٩.

(٨) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٩ الباب ١٨ ح٣.

الجمع بين العوض والمعوض، والشارع لم يأت بشيء يخالف ذلك مما يدل على أنه أقر العرف، ولهذا اشتهر في ألسنتهم في مختلف الأبواب عدم الجمع بين العوض والمعوض، مع أنه ليس على هذا اللفظ دليل خاص.

نعم المشهور كما نسب إليهم ذهبوا إلى أن العين تبقى على ملك المالك، و لم يستدلوا لذلك إلاّ بما في مفتاح الكرامة وغيره مما حاصله: إن بقاء العين على ملك المالك إنما هو لامتناع كون الملك لا مالك له، ولا ناقل إلى الغاصب، فمقتضى الاستصحاب بقاء الشيء على ملك مالكه، ولذا تأمل جملة من الفقهاء في كلام المشهور، أو أفتوا بعدمه كالعلامة وولده (رحمهما الله) حيث تأملا في ذلك، وكذلك المحقق والشهيد الثانيان.

فقد قال الأول: إن هنا إشكالاً، فإنه كيف تجب القيمة ويملكها بالأخذ ويبقى العين على ملكه، وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه.

وقال الثاني: لا يخلو قولهم من إشكال، من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً وتوقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس عن العين وإن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة، وقد حكاه عنه صاحب الكفاية مستحسناً له.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال في الأمور التي ذكرها حول المسألة: (الثاني: عدم ملك الغاصب للعين المغصوبة، لأنه لم يغرم عنها، وإنما غرم عن السلطنة، وهذا دخل في صورة التلف، فإنه يدفع البدل فيها، فإنه بدفع البدل فيها يملك التالف على معنى خروجه من كيسه،

وكون تلفه في ملكه، فلا مجال لتوهم خروج المال الزائل عنه المالية عن ملك المالك بعد أخذ الغرامة ودخوله في ملك الغاصب) انتهى.

إذ قد عرفت أن ظاهر الضمان أنه يملك ما ضمنه الغاصب وأعطاه له، فكيف يمكن أن يبقى المبدل منه في ملك المغصوب منه أيضاً حتى يسبب الجمع بين العوض والمعوض.

إلى غير ذلك من الأدلة التي تقدمت مما ينافي بقاؤه على ملك المغصوب منه ونحوه.

ومن هنا يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث ذكر: (إن ملكية المغصوب منه للبدل لا تستلزم خروج المبدل عنه عن ملك الأول، بل لعل قوله (صلى الله عليه وآله): «حتى تؤدي»[1] ظاهر في خلافه، مضافاً إلى أصالة بقائه على ملكه، وإلى ما عرفته من الاتفاق عليه، ولذا لم يذكروا خلافاً بل ولا إشكالاً في ملك نمائه المنفصل له، ودعوى أنه من الجمع بين العوض والمعوض عنه الممنوع منه شرعاً واضحة الفساد، بل هي مجرد مصادرة).

إلى أن قال: (فعلى الغاصب ضمان قيمة العين تحقيقاً لا تقديراً، وهو المسمى بضمان الحيلولة، ومعه يملك المغصوب منه القيمة المضمونة عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب فيملكها من هو له، وإن بقيت العين مملوكة له أيضاً للأصل وغيره مما عرفت) انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة أنه إذا ملك المغصوب منه البدل ملك الغاصب العين، وكونه ممنوعاً شرعاً أن يجمع بين العوض والمعوض هو مقتضى القاعدة، فلم يظهر وجه وضوح فساده، كما لم يظهر وجه كونه مصادرة، وأية

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح١٢.

مصادرة في ذلك.

وعليه فإذا سرق بسبب التفريط مثلاً من عنده شاة إنسان، فأعطاه شاة بدل شاته وذهب ذلك الإنسان، ثم بعد مدة جاء السارق تائباً إلى الله سبحانه وتعالى بالشاة المسروقة، وببدل لبنها ونتاجها من الصوف والولد وما أشبه، كان كل ذلك للمفرط، كما أن الشاة المعطاة ولبنها وصوفها ونتاجها للذي فرّط في ماله.

وعلى ما ذكرناه من أن مقتضى ظاهر الأدلة ملك المغصوب منه للبدل، فيكون الغاصب يملك العين لعدم الجمع بين العوض والمعوض، بدليل «لا ضرر» و«لا يتوى» وغيرهما، إذا حصلت العين بعد مدة مديدة لا حق لأحدهما في إلزام الآخر بالتراد، إذ الأصل عدم كونه ملكاً محدوداً ولا ملكاً مراعى، فإن المحدودية في الملك والمراعاة كلاهما بحاجة إلى الدليل، فالأصل عدمهما، ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر.

نعم قد يقال: إن مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «حتى تؤديه»[1]، مضافاً إلى الاتفاق ظاهراً، أن ملك المغصوب منه متزلزل بمعنى كونه مراعى بعود المال، فينفسخ الملك حينئذ قهراً بالأداء الذي هو غاية الضمان، ومن هنا جزم في التذكرة بأن القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعىً بالحيلولة فيزول بزوالها.

وفي جامع المقاصد: هو واضح، بل هو الذي جزم به في القواعد أولاً فقال: يترادان.

ومن هنا تعجب الكركي منه فقال: والعجب أن المصنف جزم فيما سبق

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح١٢.

بالتراد، وتردد في أن للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل، ومن هنا تردد في إجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب، وينبغي عدم التردد في وجوب الرد حينئذ، لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر لأجل عدم وصول ملك المالك إليه.

فإن كان على جهة البدلية، فإذا استحقق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب إليه، لامتناع زوال البدلية وعدم رجوع كل من البدلين إلى مالكه، وإن كان على جهة الحيلولة فقد زالت فلا وجه لعدم الرد أصلاً، لأن الحال دائر بين الأمرين، إلى آخره وإن كان يرفع عجبه ما ذكرناه من احتمال تمامية ملك المالك لما أخذه على وجه لا تسلط للغاصب على فسخه، فإن له الرضا بما قبضه عوضاً عن ماله كما عرفت) انتهى كلام الجواهر.

فإنه قد عرفت أنه لا وجه لجعله مراعىً بعد ظهور الضمان في الأدلة وغيرها في الملكية لهذا الجانب المستلزم لملكية الغاصب بضميمة أصالة عدم حق أي منهما في إلزام الآخر بالتراد، فهل يمكن القول بأنه بعد وقوع عشرات المعاملات ونحوها كالإرث على البدل إذا حصلت العين حق لهذا الجانب أو لذلك الجانب أن يترادا، وتنهدم كل تلك المعاملات ونحوها.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المحقق الرشتي: (إن لكل منهما الرجوع بزوال التعذر، لأن دفع البدل إذا كان تداركاً بغير رقبة العين كالسلطنة فيزول الحيلولة بعود التدارك، فلا يبقى ملك المالك للبدل حينئذ للزوم الجمع بين العوضين، فللغاصب إلزامه برد البدل، لأنه بزوال الحيلولة عاد إلى ملكه بعد أن خرج عنه، كما أن للمالك أيضاً مطالبة عين ماله.

ثم إن مرجع التراد إلى كون زوال التعذر بمنزلة الفسخ والإقالة، لا إلى كون ملكية البدل مغياة بعدم زوال العين، لأن الملكية المحدودة لا يكاد يتعقل، وأما التحديد في بعض صور الوقف فمرجعه إلى زوال الملكية بانتفاء الموضوع عن المالك نحو خروج الملكية عن قابلية التمليك كالخمر) انتهى.

فإنه بالإضافة إلى ما ورد عليه في جواب الجواهر، يرد عليه أن قوله: (لا يكاد يتعقل) غير ظاهر، فإنه ليس للعقل مدخلية في مثل هذه الأمور الاعتبارية والتي اعتبارها بيد المعتبر، اللهم إلاّ أن يكون مراده بعدم التعقل عدم التعقل المستفاد من الأدلة لا عدم التعقل بمعناه اللغوي، ولعله أشار إلى ذلك في أخير كلامه.

لا يقال: إذا كان بدل الحيلولة يوجب انتقال كل واحد من البدل والمبدل منه إلى طرف آخر لزم أنه إذا ألقى إبريق غيره في البحر وأعطاه ثمنه مثلاً في نفس الوقت، أو بدله إبريقاً آخر، ثم خرج الإبريق المغرق في نفس الوقت فرضاً، يلزم أن يكون هذا الإبريق مال الغاصب، والثمن مال المغصوب منه، وهذا بعيد جداً لا يدل عليه الأدلة، وليس هو بعرفي على ما ذكرتم سابقاً من أن بدل الحيلولة عرفي لم يردع عنه الشارع.

لأنه يقال: في مثل هذا المورد توهم أنه بدل الحيلولة، لا أنه في الحقيقة بدل الحيلولة، والكلام فيما إذا لم يحصل الشيء في القريب، كما إذا سرقه وذهب به وبعد عشر سنوات مثلاً وجدت العين المسروقة، أما إذا سرقه وذهب به وبعد غد جاء به أو أخذ منه، لا يكون الشيء الذي أعطاه المفرط، أو الملقى في البحر مثلاً بدلاً، وإنما توهم كونه بدلاً، ولذا

في مثل هذا المورد يلزم القول بأن نماءه أيضاً لمالكه، كما أن نماء البدل أيضاً للغاصب والمفرط.

نعم إذا ألقى إبريقه مثلاً في البحر، وكانت له أجرة في يوم وليلة، لزم على الملقي إعطاء تلك الأجرة لأنها منفعة فوتها على مالكها، كما تقدم في بحث تفويت المنافع.

ثم إنه حيث إن الذي حال بين المال ومالكه ضمن مثله، سواء كان مثلياً أو قيمياً، كما ذكرنا في أن في القيمي أيضاً يتعلق بذمة المتلف والغاصب المثل لا القيمة، فإنه يعتبر في القيمة في المقام دفع القيمة إلى يوم الدفع، فلو كان في وقت القاء إبريقه في البحر، أو تفريطه حتى سرق قيمته عشرون، ويوم الدفع ثلاثون، يجب دفع الثلاثين لأنه وقت تحول المثل إلى القيمة، إلى آخر ما ذكرناه هناك.

وبذلك أفتى المحقق الرشتي وآخرون، وإن كان تعليله غير تام، قال: (إن العبرة ببدل العين في حال الدفع، لا في حال الحيلولة، لعدم سببيتها لاشتغال ذمة الغاصب بالبدل، حتى يكون مثل بدل التالف في إقامته على زمان التلف، بل إنما صار سبباً لتوجه الأمر برد السلطنة المتوقفة على إقامة بدل العين مقامها إلى الغاصب، فالواجب عليه في كل آن ليس إلاّ إقامة بدلها في ذلك الآن مقامه، فلو عصى هذا التكليف فقد استحق إثماً من غير أن يستقر في ذمته بدل ذلك الآن)، إلى آخر كلامه.

وإنما قلنا بعدم صحة تعليله لما سبق من أن الضمان في الروايات وغيره ظاهر في نفس ما يظهر من الضمان في باب التلف.

ولذا قال في الجواهر: (إنه يتجه مطالبة المالك بالزائد إذا فرض كونها أعلى يوم التلف، ضرورة بقائها على ضمان الغاصب. أما إذا فرض العكس ففي تسلط الغاصب على استرجاع الزائد نظر، أقواه العدم للأصل، ولأن دفعه مستحقاً عليه وغير ذلك) انتهى.

لكنك قد عرفت أنه يجب القول بإعطاء الأعلى إلى وقت الدفع، لا إلى زمان التلف فقط، أما الأعلى الذي نزل بعد ذلك فإن كان المالك بصدد بيعه ونحو ذلك في ذلك الوقت، مما يصدق عليه أنه ضرر بسبب حيلولته عن المالك، كان له أخذ الأعلى، وإلاّ لم يكن للمالك التفاوت، لعدم صدق الضرر بعد أن كان المثل متعلقاً بذمته، وقد دفع بدل المثل مثلاً أو قيمته في وقت الدفع.

أما النماء المتصل والمنفصل فقبل الدفع مضمون على الحائل، أما بعد الدفع فلا ضمان، كما إذا سبب بتفريطه سرقة شاة المالك، ثم إنها نمت نماءً متصلاً أو منفصلاً، ولم يدفع المفرط بعدُ البدل إلى المالك، فإنه ضامن له، إذ النماء أيضاً ملك المالك وقد حال هذا المفرط بينه وبين نماء ملكه، أما إذا دفع بدله ثم أن الشاة نمت عند السارق، فإنه لا يجب عليه دفع شيء، لأن البدل صار بدلاً، والمبدل منه صار ملكاً للغاصب أو المفرط.

وبذلك يظهر وجوه النظر فيما ذكره الجواهر، حيث قال: (يتجه ضمان ما يتلف من العين المغصوبة من النماء المتصل والمنفصل، كما جزم به في جامع

المقاصد، وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد من حيث إنه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان، لأن الفرض تجدده بعد دفع القيمة وبراءته من العين، فأولى بأن يبرأ من النماء.

وفيه أولاً: إنه سبب تلفه على المالك.

وثانياً: منع براءته من الضمان للعين فضلاً عن نمائها للأصل، ولذا قلنا بوجوب القيمة عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيلولة، إذ الدفع لها لا يقتضي البراءة من الضمان. نعم لو فرض تلفها ولم يكن لها نماء ولا زادت قيمتها، كانت قيمته يوم الحيلولة مجزئة، إذ لا يجب للعين الواحدة قيمتان، اللهم إلاّ أن يقال: إن ذلك كله داخل في القيمة المدفوعة بدلاً عنها كالمنافع في أحد القولين)[1] انتهى.

إذ قد عرفت براءة ذمة الحائل عن العين، فكيف يضمن النماء بعد ذلك، ولا مجال للأصل هنا بعد الدليل، وهو ما تقدم من ألفاظ الضمان في الروايات وغيرها مما يدل على أنه إذا دفع برئ، لا أنه يبقى بذمته شيء.

كما أنه ظهر مما تقدم أنه لا وجه لتردد المحقق الرشتي حيث قال: (لو تلف العين بعد ما دفع بدل الحيلولة، وكان قيمته أكثر مما دفع للحيلولة، ففي ضمانه للزائد وعدمه وجهان) انتهى.

إذ اللازم القول بعدم ضمانه للزائد بأنه بعد دفع بدله فرغت ذمته.

كما أنه ظهر أيضاً عدم وجه لترديده في مسألة ما لو حصل للعين نماء متصل أو منفصل، قال: (ففي ضمان الغاصب له أيضاً وجهان).

نعم بعد ذلك أضرب المحقق الرشتي عن تردده في الفرع الأول قائلاً: (التحقيق فيه عدم الضمان، لأن دفع البدل في حكم عود سلطنة المالك على

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص١٣٦ ــ ١٣٧.

عينه حقيقة، فكأنما عادت إلى يده، فتلفها واقع في يد صاحبها حكماً في الشرع والعرف فلا وجه لضمان الغاصب بعد الدفع. نعم لو تصرف فيه أجنبي غير الغاصب دخل تحت ضمانه، إذ لا منافاة بين خروج أحد الغاصبين عن الضمان بدفع بدل العين للحيلولة مثلاً، وبين بقاء ضمان الباقين كما في تعاقب الأيادي، فللمالك مطالبة الأجنبي بالعين أو بدلها لو تغذر في صفة الرد أيضاً، لكن لو أخذ البدل من الأول لم يكن له الأخذ من الثاني، لأن المال الواحد لا يكون له عوضان على قياس تعاقب الأيادي) إلى آخر كلامه.

فإنه وإن صح بالنسبة إلى عدم الضمان بالنسبة إلى الحائل الأول، لكن لا وجه للضمان بالنسبة إلى الغاصب الثاني لما عرفت، فإن البدل لما صار ملكاً للمالك صار المبدل منه ملكاً للحائل الأول، فلا ربط له ولا منافعه ولا نماؤه بالنسبة إلى المالك الأول.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (وليعلم أنه يجب على الغاصب دفع البدل فوراً إذا طلبه المالك، ويكفي لوجوب دفعه تعذر دفع العين على الفور، ولا إشكال في شيء من ذلك، وإنما الإشكال فيما إذا كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلاً فهل يجب دفع البدل، قال في جامع المقاصد فيما يأتي: إن إطلاق كلامهم يقتضي الوجوب، ويناسبه أن الغاصب مؤاخذ بالأشق، قال: ولم أقف على تصريح بنفي وإثبات، قلت: الظاهر من كلامهم كما سمعته أن المتمكن بعد يوم أو يومين أو ثلاثة غير متعذر عليه الرد عادة، فلا يجب عليه دفع البدل فتأمل) انتهى.

أقول: مقتضى الظاهر ما ذكره مفتاح الكرامة، لا ماذكره جامع المقاصد

إذ لزوم رد الغصب المستفاد من النص والفتوى ظاهر في رد عينه مع التمكن، وهذا يسمى تمكناً، لا أنه لا يتمكن حتى يرجع إلى مثله أو قيمته.

نعم في مثل اليومين والثلاثة وما أشبه يلزم عليه الأجرة ونحوها، حيث إنه فوت المنافع على المالك فيشمله «لا ضرر» و «لا يتوى» وغيرهما من الأدلة.

وقد عرفت سابقاً أنه لو أعطى البدل بظن أنه تالف لا يمكن استرجاعه، ثم أمكن أخذه من الغاصب الثاني أو إخراجه من البحر أو ما أشبه تبين أن إعطاءه البدل كان اعتباطاً، وإنما يلزم عليه رد العين بمنافعها واسترجاع البدل بمنافعه لأن أحدهما لم يصبح ملكاً لأحدهما.

وعلى كل حال، فلا ملك متزلزلاً إطلاقاً، لأنه إن دامت الحيلولة ملك ملكاً مطلقاً، وإن لم تدم الحيلولة كان زعماً للملك لا حقيقة الملك.

ومنه يظهر حال الأيادي المتعاقبة من الغصاب على ملك المالك وحيلولة أخيرهم بين الملك وبين المالك بالإلقاء في البحر ونحوه، فإن هنا أيضاً إما ملك مطلق أو لا ملك مطلقاً.

ومنه يظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: (بقى شيء، وهو أنه لو أخذ المالك قيمة الحيلولة في الأيدي المتعاقبة مثلاً من الأولى مثلاً، فاستحق هو الرجوع بما أداه للمالك على من حصلت الحيلولة في يده من الأيدي المتأخرة، أمكن القول بملكه له متزلزلاً على حسب ملك المالك له لو رجع به ابتداءً، وعلى حسب ملك ما دفعه هو إليه، لأنه يأخذه بدلاً عما دفعه للمالك باعتبار حصول المغصوب في يده، فيملكه على حسب ملك المالك لما أخذه منه.

فإذا عادت العين ورجعت إلى المالك عاد هو بما دفعه للمالك، وعاد من كانت الحيلولة في يده بما أخذه الغاصب الأول منه، إلاّ أن نماء الأول للمالك ونماء الثاني للغاصب، واحتمال القول هنا بعدم جواز رجوع ذي اليد الأولى على من حصلت الحيلولة في يده، بل يختص الحكم في خصوص التلف، واضح الفساد ضرورة اتحاد المدرك في الجميع)[1] انتهى.

فإن كلامه هذا مبني على القول بالملك المتزلزل، حيث إنه إذا قلنا بالملك المتزلزل في اليد الحائلة نقول به أيضاً في الأيادي المتعاقبة، أما إذا انهدم المبنى انهدم البناء.

نعم هو كما ذكره من اتحاد الحكم في المسألتين، فاحتمال القول الذي ذكره واضح الفساد على ما ذكره.

ثم إنه لما كان الملك اعتباراً عرفياً قرره الشارع ينقطع الملك بانقطاع العرفية، ولا دليل على أنه يبقى الملك الشرعي بعد انقطاع الملك العرفي، وقوله (عليه السلام): «فإن الحق القديم لا يبطله شيء»[2]، ظاهر فيما إذا رآه العرف حقاً، لأن الموضوع يؤخذ منه، لا إذا لم يره العرف حقاً فلا يرد على ما ذكرناه.

ويؤيد ما قلناه ما ورد في الأشياء التي تلقى في البحر من السفينة المكسرة، حيث ورد أنها لمن أخذها، وكذلك ما ورد في مسألة الطير الذي يطير ونحو ذلك، حيث ورد أنه لمن أخذه[3]، وقد ذكرنا مسألة الطير والوحش والسمك حيث تهرب إلى الجو والبر والبحر في كتابي إحياء الموات والصيد، كما

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص١٣٧.

(٢) انظر: الوسائل: ج١٧ ص٣٤٥ الباب ١٧ ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٢٤٥ الباب ٣٦ و٣٧ من أبواب الصيد والذبح ح٣ و١.

ذكرنا هناك أيضاً مسألة الإعراض والانعراض، إذا صح التعبير.

وكذلك ذكرنا مسألة الأرض التي تؤخذ في الشارع ونحوه مما يوجب رجوعها إلى الإباحة الأصلية، ولو كانت قبل ذلك مسجداً أو داراً لإنسان أو وقفاً لحسينية وما أشبه.

وعلى هذا ففي المقام إذا سبب الحيلولة سقوط الملك عرفاً، فإن البدل يصبح ملكاً للمغصوب منه ونحوه، وإذا حصل بعد مدة مديدة، لا يرجع إلى ملك مالكه السابق لسقوط الاعتبار العرفي، ولا دليل على الرجوع.

ومن ذلك يعرف وجه النظر فيما ذكره المحقق الرشتي، حيث قال:

(بدل الحيلولة في بعض أقسامها يقوم مقام العين، ويكون تداركاً عنها كما في صورة التلف.

أما إذا حصل اليأس منها على وجه يلحق عرفاً بالتالف، فلو اتفق عود العين، ففي جواز رجوع كل من المالك والغاصب إلى ماله كغيره من أقسام الحيلولة، فيجرى فيه علة الرجوع المشار إليها وعلمه، أي يكون كالتلف الذي يوجب دخول التالف في ملك الغاصب، فلا رجوع، وجهان.

والذي يقتضيه النظر الصائب أن يقال بالرجوع مطلقاً حتى في التلف الحقيقي، لو فرض خلقة التالف على خلاف العادة بقدرة الله سبحانه، لا لأنه مع كونه تالفاً باق في ملك المالك ولو بحكم جعلي شرعي أو عرفي، بل لأن قضية البدلية سقوط البدل مع وجود المبدل، فكما أن عود السلطنة في صورة الحيلولة موجب جواز الرد كما قررنا، كذلك عود التالف عيناً كان أو مالاً، كما في صورة بقائها وزوال صفة المالية يوجب زوال ذلك).

ولذا قال أخيراً: (اللّهم إلاّ أن يقال في هذين القسمين، أعني عود العين أو عود المالية: بأن العائد ملك أو مال جديد للغارم باعتبار غرامته للتالف، فلا يعود ما بذله لأجل الغرامة إلى ملكه، لأنه إنما يعود إذا كان العائد هو الذي اغترم لأجله، فيكون ملكاً للمالك كما في بدل السلطنة، نعم يمكن أن يقال في الأخير: بأن المالية الجديدة أيضاً متعلقة بالمالك، لكونها من توابع عينه الموجودة) انتهى.

أما ميزان أن العرف يرى أنه باق على الملكية أو لا، فهو شيء يختلف حسب الأعراف وحسب الأشياء، نعم لو شك في انقطاع الملكية كان الأصل البقاء، أما إذا لم ينقطع الملك لكن المالك قد غاب بعد أخذه بدل الحيلولة بما لم يعلم مكانه، مثلاً فرط في مال المالك حتى سرقه السارق، فأخذ المالك بدل الحيلولة وغاب غيبة لا يعرف مكانه، ثم أمكن تحصيل المال من السارق، فإن لباذل البدل أن يأخذه من باب التقاص.

وعليه فإذا زاد عما أعطاه بدلاً يكون الزائد من مجهول المالك، لكن كون الزيادة مجهول المالك إنما هو فيما إذا لم يزد البدل أيضاً، وإلاّ فإذا حصل تضخم مثلاً زاد كلاهما يكون هذا في قبال ذاك، وإن كان في وقت إعطاء المفرط البدل للمالك لم يكن تضخم، بأن لم يكن قيمة البدل إلاّ أقل من قيمة الأصل في الحال الحاضر، إذ الاعتبار بالقيمة الآن لا بالقيمة في وقت التفريط ونحوه.

ثم الظاهر أنه لا فرق بين أقسام الحيلولة، سواء كان بالإلقاء في البحر مثلاً، أو في مسبعة يخشى الذهاب إليها من السبع، أو بالتفريط في العين حتى سرقها السارق، أو أخذها الغاصب، وبين مثل الإقرار الذي حال بين المالك

وبين ماله بسبب إقرار من له يد عليه لغير المالك، أو بالشهادة زوراً، أو اشتباهاً من الشاهدين بأن المال لزيد بينما المال لعمرو في الواقع، إذ المناط في الكل واحد وهو ما عرفت.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (ثم إن الحيلولة التي تبقى العين فيها على ملك المالك وإن ملك القيمة، إنما هي مع معلومية بقاء العين على ملك مالكها، إلاّ أنه منع مانع من تسليمها. أما إذا كانت الحيلولة تقتضي زوال ملك المالك عنها في ظاهر الشرع، كالإقرار بالغصب بعد البيع، وكالشهادة على أنها مال الغير ونحو ذلك، مما يحكم به في ظاهر الشرع أن العين لغير من أقر له المقر، فإذا دفع القيمة للمالك فهل العين أيضاً تبقى على ملك مالكها كالقسم الأول من الحيلولة، أو تنزل هذه الحيلولة منزلة التلف، فيملك الحائل إذا أدي للمالك العين التي حال بينها وبين مالكها بالإقرار، لم أجده محرراً هنا، بل ظاهرهم فيما يأتي الأول، ولكن الثاني محتمل، وربما يشهد له بعض الكلام في باب الإقرار)ـــ انتهى.

والظاهر أن مسبب الحيلولة بين المالك وملكه يلزم عليه التدارك، وإن لم تكن الحيلولة من الأقسام السابقة، مثلاً إذا شهد شاهدان أن زيداً ولد عمرو بينما هو ولد بكر، فلما مات بكر خلف إرثاً، لو كان زيد بظاهر الشرع ولده لكان ورثه، فإن الشاهدين يجب عليهما تدارك الإرث، حيث إنهما بكذبهما قد فوتا المال على الوارث.

وكذلك في مورد الإقرار، بأن كان تحت يده ولد زيد، والناس يعرفون

أنه ولده، ثم إنه أقر به لعمرو مما سبّب تفويت الولد على والده، وكذلك فيما إذا فوت حق المستأجر في أجيره بإقراره أو بشهادته فيما يسمع الإقرار والشهادة.

وهكذا الحال فيما إذا أقر أو شهد بأن امرأة زيد هي امرأة عمرو، مما سبب تفويت البضع على الزوج، فالظاهر أنه يجب عليه إعطاء الزوج المهر الذي خسره عليها، إلى غير ذلك من الأمثلة، وإن كان في بعضها تأمل.

ثم إنا قد ذكرنا في كتاب الإقرار أنه لا دليل على أنه إذا أقر إنسان لإنسان بعين، ثم أقر بها لآخر أنه يخسر للأول العين وللثاني القيمة، لأن العلم الإجمالي بأنها لأحدهما يمنع عن ذلك، والإقرار لا يتمكن أن يقاوم العلم الإجمالي كسائر أقسام الطرق والأمارات، وكذلك دليل «لا ضرر» محكم على ما ذكروه، وهو كما إذا قام شاهدان على أن الشيء لزيد، وشاهدان على أنه لعمرو، فدليل «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز[1]» لا يشمل مثل ذلك خصوصاً إذا قال المقر: إني اشتبهت في إقراري الأول.

ومنه يعرف أنه لا مبنى لبدل الحيلولة في المقام، ولا لغير بدل الحيلولة، فقول المحقق الرشتي: (من أقر بما في يده لأحد ثم لآخر، ضمن للثاني قيمة المقر به، وسموه بقيمة الحيلولة، وصدقها عليه حقيقة لا يخلو عن خفاء، إذ ليس للمقر له مال يتعذر وصوله إليه بحيلولة المقر، وإنما استحق عليه مالاً بإقراره الذي هو سبب شرعاً، وقد يقال: إنه بالإقرار الأول حال بين الثاني وما في يده باعترافه بماله لغيره، وفيه إن الإقرار الأول إتلاف لمال الثاني باعتراف

(١) الوسائل: ج١٦ ص٥٦٨ الباب ٣ من كتاب الإقرار ح٢.

المقر، فلا يكون حيلولة، نعم لما كان سبباً لخروج ماله باعترافه كان في الحيلولة) انتهى.

فإنه لا وجه لعطاءين حتى يتكلم حول أنه بقيمة الحيلولة أو غيرها، أما إذا لا يمكن التقسيم، كما إذا اعترف ببنته زوجةً لزيد، ثم اعترف بها زوجة لعمرو، فإنه يرجع الأمر إلى سائر الأدلة كالقرعة وغيرها، ولا مجال للقول بأنه يضمن للثاني المهر مثلاً، حيث إنه فوتها عليه باعترافه أولاً لغيره، ومثل حال المال ما لو اعترف لإنسان بأنه قتله، ثم اعترف بأنه قتل إنساناً آخر، ولا يمكن الجمع بين القتلين، كما إذا اعترف بأنه قتل زيداً في مكة في يوم السبت، واعترف أيضاً بأنه قتل زيداً في الكوفة في نفس يوم السبت، وفي نفس الدقيقة، حيث لا يعقل الجمع بينهما، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وكيف كان، فقد قال المحقق الرشتي: (لو قصر الزمان على حد يتسامح عرفاً لم يبعد سقوط مطالبة البدل فيه، مثل ما إذا كان العين المغصوبة في جيب الغاصب، فإنه ليس للمالك أخذ ما في يده بدلاً عن العين، باعتبار كون زمان إخراجها من الجيب أطول من زمان رفع ما في اليد بدلاً، إذ ليس الخروج عن عهدة المأحوذ في مثل هذا الفرض إلاّ بدفع العين، فمطالبة البدل حينئذ مطالبة لغير الحق) انتهى، وهو كما ذكره.

نعم لو كان الزمان ــ ولو كان قليلاً ــ له أجرة، فإنه قد فوت المنافع على المالك، ولذا يجب عليه تداركها كما يأتي في المسألة اللاحقة.

(**مسألة ٢٢**): قال في الشرائع: (وعلى الغاصب الأجرة إن كان مما له أجرة في العادة من حين الغصب إلى حين دفع البدل).

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، لما عرفته فيما تقدم من ضمان كل ما فات في يد الغاصب ولو بآفة سماوية، إذ المنافع أموال فتضمن كالأعيان.

أقول: وقد تقدم خبر أبي ولاد[1] وغيره مما يدل على ذلك، فلا حاجة إلى التكرار.

وقال في القواعد: والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد وبالتفويت.

وفي مفتاح الكرامة: (المراد بالفوات ذهابها بغير استيفاء، وبالتفويت استيفاؤها، واحترز بالمباحة عن المحرمة كالغناء واللعب بآلات اللهو، وإطلاق الأصحاب متزل على المباحة، ولعل ما حرم بالعارض، كما إذا نذر المالك أن لا يستعمله في حياته مثلاً، أو شرط عليه ذلك كذلك) انتهى.

ولا يخفى أن المراد بالمحرمة المحرمة فعلاً، مثلاً إذا كان المالك كافراً يجوز الغناء واللعب بآلات اللهو، أو مخالفاً يرى حلالاً ما نراه حراماً، فإنه يجب القول بالضمان، لإطلاق دليل «على اليد» ونحوه بضميمة «ألزموهم بما التزموابه».

ومنه يعلم الحال في اختلاف التقليد.

وقد نقل الإجماع على الحكم من السرائر والتذكرة وغيرهما.

قال في الثاني: منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أو

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح١.

حيواناً مملوكاً ضمن منافعه، سواء أتلفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده مدة ولا يستعملها، عند علمائنا أجمع.

ثم إنه نسب الخلاف إلى أبي حنيفة خاصة.

ثم إن مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر قال: (وقيد المنفعة بكونها مما تستأجر ليخرج غصب الغنم والمعز والشجر حيث لا منفعة لها تستأجر، كما نص عليه في المبسوط، لكن كلام السرائر والتذكرة والكتاب وجامع المقاصد والمسالك في باب الإجارة قد يخالف ذلك، فليلحق كلامهم فيما إذا استأجر تفاحة للشم أو الدارهم والدنانير) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أن كل شيء تعد منفعة تكون مضمونة، لشمول دليل «على اليد» وغيره له، فإذا كان الغنم والمعز يستأجر للزينة مثلاً، وكذلك الدارهم والدنانير، أو الشجر يستأجر لمنفعة الظل مثلاً، كان مقتضى القاعدة الضمان.

أما المنافع المتجددة بعد إعطاء البدل إلى حين إعادة المغصوب فالظاهر عدم ضمانها، وهو الذي اختاره المحقق بقوله: (وقيل: إلى حين إعادة المغصوب والأول أشبه)، خلافاً لمحكي المبسوط والتذكرة وغيرهما ممن قال بالضمان، وذلك لأصالة البراءة، ولأن القيمة المأخوذة منزلة منزلة المغصوب، فكأنه عاد إليه وقد دفع القيمة فبرئ، بالإضافة إلى أن المالك استحق الانتفاع بالقيمة التي هي عوض وبدل في المعنى فلم يبق على الغاصب حق في ذلك المال، وإلاّ لم تكن فائدة للغاصب في الدفع.

وقد تقدم الكلام حول ذلك، ومقتضى القاعدة عدم الفرق بين أن استوفى منافع المغصوب الغاصب أو غيره، أو ذهبت هدراً.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي بعد اختياره كلام المحقق: (نعم لو استوفى المنافع غير الغاصب أمكن إلحاقه بالنماء، لأن المنافع المستوفاة

مال بمالية مغايرة لمالية العين بخلاف غير المستوفاة فافهم).

ولعله أشار بذلك إلى وجه النظر في كلامه، إذ قد صدق أن المبدل صار للغاصب في قبال كون البدل للمغصوب منه، فإذا طلب إنسان المنتفع بالمنافع لكان ذلك الغاصب لا المغصوب منه، فإنه جمع بين العوض والمعوض.

وبذلك يظهر وجه النظر في انتصار الجواهر للمبسوط والتذكرة وغيرهما لبقاء العين المغصوبة على ملك المالك، وعلى وجوب ردها على المغصوب منه مع التمكن، وعلى ضمانها وضمان نمائها، وأن القيمة للحيلولة غرامة شرعية ثبتت بالأدلة، وهي لا تقتضي براءة ولا تغييراً للحال الأول، انتهى.

فإن ذلك أشبه بالمصادرة، وأبعد من ذلك قوله أخيراً: (فالتحقيق الوجوب خصوصاً إذا كان تعذر الرد ناشئاً عن اختيار الغاصب، بل قد يقال بوجوب الأجرة حتى مع استمرار الاشتباه وعدم معرفة كون المغصوب باقياً، أو تلف على وجه لا تكون له أجرة إن لم يكن إجماع على خلافه للأصل، فتأمل).

ولعله أشار بالتأمل إلى ضعف ذلك، فإن روايات الضمان التي تقدمت وغيرها في المسروق ظاهرها الضمان بالمثل أو القيمة فحسب، لا أن يكون شيء آخر عليه.

قال في الشرائع: ولو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه كالخفين، فتلف أحدهما ضمن التالف بقيمته مجتمعاً، ورد الباقي وما نقص من قيمته بالانفراد.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، إلاّ من الشهيد، فإنه قال في اللمعة: في الفرض يضمن قيمة التالف مجتمعاً وهو يقضي بأنه لا يلزمه

إلاّ خمسة، في مثل ما إذا كان قيمتهما مجتمعين مثلاً عشرة، وقيمة كل واحد منفرداً ثلاثة، ولعله لأنه لم يتلف غيره، ولأن نقص الباقي نقص سوق فلا يضمن.

وفيه: إنه تلف مع صفة الاجتماع المشتركة بينهما، والفرض ضمانها، ونقص السوق الذي لم يضمن هوالذي لا يكون بسبب شيء في المغصوب، ولو وصفاً للمفروض الذي هو كفكّ تركيب باب) انتهى.

وذلك لأن أدلة الضمان والتي منها العرفية كما سبق شاملة لمثل ذلك، فإنه قد أتلف مال الغير بقدر سبعة عرفاً.

نعم إذا غصب اثنان كل واحد فرد حذاء في حال واحد، كان اللازم على كل منهما خمسة، لأن الهيئة الاجتماعية صارت مغصوبة لهما لا لأحدهما، وكذا إذا غصب أحدهما خفاً ثم غصب الآخر خفاً ثانياً، فإن الواجب على الأول سبعة، وعلى الثاني ثلاثة على إشكال، لأن الأول صار بالغصب عليه سبعة فالثاني لا يمكن أن يكون عليه سبعة ولا خمسة، لأنه في هذا الحال يكون على الغاصب أكثر من القيمة وهو ما لا يدل عليه الدليل.

كما لا وجه لانعكاس الأمر بأن يقال صار على الثاني بسبب غصبه سبعة، وانقلب ما كان على الأول إلى ثلاثة مثلاً، أو صار عليه خمسة فانقلب على الأول خمسة بنقص اثنين، وإن كان من المحتمل الانقلاب من السبعة إلى الخمسة، لأن الهيئة الاجتماعية صارت مغصوبة لهما، فلا فرق في الخمسة بين غصبهما معاً أو غصبهما متعاقباً.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي في إشكاله في الهيئة

الاجتماعية الاعتبارية قال: (إن كان الاجتماع بحيث يجري في العرف في معاملاتهم وسائر أغراضهم مجرى الشيء الواحد فهو محل البحث، وإن كان مقدوراً في الواقع، وأما مطلق الاجتماع الموجب لزيادة قيمة الآحاد مجتمعاً فليس بمحل الكلام، فالدار الواقعة في جوار المسجد أو الحمام، وإن كانت قيمتها مع اعتبار المجاورة أكثر من قيمتها حال الانفراد، إلاّ أن مرجع ذلك إلى اختلاف الرغبات غير المضمونة، لا إلى نقص في الدار بسبب زوال وصف الهيئة الاجتماعية، فلو غصب داراً وحماماً متجاورين ثم خربت الحمام لم يضمن النقص الحاصل في الدار) انتهى.

إذ فيه: إنه لا فرق عرفاً بين الأمرين، ودليله بقوله: (إلاّ أن مرجع ذلك إلى اختلاف الرغبات غير المضمونة لا إلى نقص في الدار) آت أيضاً في زوجي الحذاء، فإن غصب أحد الخفين لا يوجب نقصاً في الخف الآخر مع أنه مضمون، فالدار حيث كان إلى جنبها الحمام كانت تشترى بألف، أما إذا هدم الحمام صارت قيمة الدار بتسعمائة، فمن ذا الذي سبب ضرر هذه الدار إلاّ الغاصب.

نعم في بعض الأمثلة لا يكون ضمان، كما إذا كانت الدار مجاورة لدار عالم فقتل هذا الإنسان العالم، فإنه لا يضمن نزول قيمة الدار، كما أنه إذا استدعى العالم إلى محلة أخرى لا يوجب ذلك ضماناً بتترل قيمة الدار في هذه المحلة التي كانت مجاورة لبيت ذلك العالم.

ولو شك في مكان فالأصل البراءة وعدم ضمان الزائد.

أما إذا كان تلف أحد الخفين يسبب سقوط الآخر عن القيمة

فاللازم عليه أن يعطي للمغصوب منه القيمة كاملاً.

وقد تقدم أنه بذلك يملك ما بقي من المغصوب، لأن لا يجمع بين العوض والمعوض الذي هو خلاف ظاهر الدليل.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما).

أي أنه يغرم قيمة النصف الذاهب مجتمعاً، ويرد الباقي مع أرش نقصانه الحاصل بالانفراد، إذ هو حينئذ كمسألة الخفين كذا في الجواهر، لكن يختلف هنا عن مثل الخفين أنه لو حصل النقص بالشق ضمنه أيضاً، حتى لو ردهما لشمول دليل «من أتلف» وغيره له.

أما لو زادت القيمة بالشق فقد تقدم، وسيأتي أيضاً أن الغاصب يصبح شريكاً كما في الخياط يفصل الثوب قباءً أو قميصاً، حيث تزداد القيمة بذلك.

وربما يؤيد أن الغاصب له سعيه ما رواه الوسائل في باب من أنكر وديعة ثم أقر بها، عن مسمع، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذه، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى، قال: فقال (عليه السلام): «خذ الربح وأعطه النصف وأحله، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين»[1].

فإن إعطاء النصف ظاهر أنه من باب المضاربة، فإن المال والعمل كلاهما إذا اجتمع على ربح

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٥ الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة ح١.

فالربح بينهما كما ذكرنا تفصيله في كتاب المضاربة.

ومما تقدم من اقتضاء القاعدة ضمان ما فوته الغاصب على المالك، سواء كان هيئة الاجتماع أو العين، يظهر وجه النظر في تردد الشرائع في المسألة حيث قال: (أما لو أخذ فرداً من خفين يساوي عشرة، فتلف في يده وبقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد، رد قيمة التالف لو كان منضماً إلى صاحبه، وفي ضمان ما نقص من قيمة الآخر تردد).

ولذا كان المحكي عن الإيضاح وجامع المقاصد والمسالك أنه يضمن قيمة ما نقص كصورة غصبهما، لأنه سبب ذهاب القيمة، فيشمله دليل الضمان، ولا يقف أمام ذلك أنه لم يدخل تحت يده كي يكون مضموناً عليه كالأول، وإن قال به الجواهر، وأيده بقوله: لم يتضح لنا اندراج مثل ذلك في المستفاد من نصوص الضمان به، والأصل البراءة.

إذ قد عرفت أن السبب أيضاً ضامن، ولا ينحصر سبب الضمان في الغصب فقط، لشمول مثل قوله (عليه السلام): «الغصب كله مردود»[1] له، فإنه بغصبه أحدهما غصب الاجتماع أيضاً، كما أنه يشمله دليل «لا ضرر»[2]، و«لا يتوى»[3]، و «فوقها»[4] وغيرها مما تقدم سابقاً تفصيل الكلام فيها.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لضمان ثلاثة أو خمسة، وإن احتملهما في القواعد، قال: (أما لو غصب أحدهما وحده، ثم تلف أو أتلف أحدهما، فإنه يضمن قيمة

---

(١) الوسائل: ج٦ ص٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح٣.

(٣) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح٥.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة، ويحتمل ضمان سبعة، لأنه أتلف أحدهما وأدخل النقص على الباقي بتعديه، ويحتمل ثلاثة لأنه قيمة المتلف) انتهى.

ولذا علله في مفتاح الكرامة تبعاً لغيره: (بأنه أتلف أحدهما وأدخل النقصان على الثاني بتسبيبه وتعديه، فأشبه ما لو حلل أجزاء الباب أو السرير فنقصت قيمته فإنه يضمن النقصان، ولم يذهب هنا سوى الجزء الصوري، فعرفنا أن الجزء الصوري مضمون، والجزء الصوري في زوجي الخف وشبهه قد أتلفه المتلف بإتلاف أحدهما، فيكون ضامناً له كما يضمن الذي أتلفه منهما، وقد تقدم أن الضمان يحصل بالتسبيب وإن لم يكن هناك غصب) انتهى.

ومنه يظهر أنه لا وجه لضمان الخمسة، وإن علل بأنه كما لو أتلف رجل أحدهما وآخر الآخر فإن كل واحد منهما يضمن خمسة، إذ في هذا المقام يحصل المغصوب منه على كل ماله، بضميمة أنه لا وجه للزيادة على أحد الغاصبين فقط.

أما فيما إذا غصب إنسان أحد الزوجين وأتلفه، ثم أرجع إليه ثلاثة أو خمسة فإنه لا يحصل المغصوب منه على كل ما فقده.

ولا يخفى أنه لو كان الحذاء والباب ونحوهما مثلياً، فاللازم على الغاصب أن يرد مثل الفردة التي أتلفها، فلا يكون عليه شيء آخر حتى إذا كانت قيمة الفردة التي يشتريها ثلاثة دراهم مثلاً في المثال.

ولا يخفى أنه لا وجه لتشبيه المقام بالسرقة، حيث إنه لو سرق الخف الذي يسوى ثلاثة فقط، فإذا كانت الثلاثة أقل من ربع دينار لم يقطع، وذلك لأن الكلام في الضمان هنا من باب التسبيب لا من باب السرقة.

ولذا قال العلامة في محكي التذكرة: (لو أخذ أحدهما على صورة السرقة

وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لم يقطع إجماعاً، لأن الزائد إنما ضمنه في ذمته بتفريقه بين الخفين، فكان كما لو ذبح شاة تساوي ربع دينار في الحرز ثم أخرجها وقيمتها أقل فإنه لا يقطع، فكذا هنا) انتهى.

قال في الجواهر: (لا إشكال في عدم القطع بالنقصان في الثاني المفروض تتمة النصاب به لعدم كونه من السرقة، إنما الكلام في نقصان المسروق نفسه والظاهر عدمه أيضاً، لأن نقصانه وإن كان مضموناً عليه لكنه غير داخل في المسروق نفسه) انتهى.

وعلى ما ذكرناه فإذا كان أحد الزوجين يساوي ربع دينار قبل السرقة، أما بعد السرقة يساوي أقل من ذلك، فمقتضى القاعدة أنه يقطع، فهو مثل ما إذا سرق الجمد من مكان يسوى ربع دينار، ثم ذهب به إلى مكان يسوى أقل من ذلك، فإنه قد سرق ما يسوى ربع دينار فعليه القطع، كما أنه في عكسه لا قطع، فإنه إذا سرقه في مكان لا يسوى ربع دينار، ثم ذهب به إلى مكان يسوي ربع دينار، فإنه لم يسرق ربع دينار حتى يقطع.

وعلى أي حال، فلا وجه للخلط بين المسألتين، لأن إحداهما من مسألة التسبيب والأخرى من مسألة السرقة، ولا ربط لإحداهما بالأخرى.

ثم قال الشرائع: (لا يملك العين المغصوبة بتغييرها وإخراجها عن الاسم والمنفعة، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره، كالحنطة تطحن، والكتان يغزل وينسج) انتهى.

وذلك لأنه لا دليل على الخروج عن الملك بذلك، إذ الملك ليس متعلقاً بالعنوان ونحوه، وإنما هو متعلق بذات الشيء، وذات الشيء باق وإن جعل الحطب رماداً إذا كان للرماد قيمة معتد بها.

وفي الجواهر استدل على ذلك بالأصل والإجماع بقسميه، كما استدل بذلك غيره كمفتاح الكرامة ونحوه.

نعم قد تقدم أنه إذا انتقل الأمر إلى البدل، كان المبدل منه للغاصب، لامتناع الجمع بين العوض والمعوض شرعاً، كما يستفاد من الأدلة.

أما قول الجواهر بعد ذلك: (ولا شيء للغاصب عن عمله الذي هو غير محترم بسبب عدم الإذن فيه وإن زادت به القيمة)، فقد سبق أنه خلاف ظاهر النص الوارد في القرآن الحكيم، حيث قال سبحانه: ﴿وإن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[1]، مما يدل على أن سعي كل إنسان له، وكون عمله حراماً تكليفاً لا يوجب سلب ماليته وضعاً، كما أنه تقدمت روايات تدل على ذلك، وستأتي أيضاً عند تعرض الشرائع له.

ثم قال: (بل إن كان مما يمكن رده إلى الحالة الأولى، وأراد المالك رده وجب على الغاصب ذلك، ويضمن أرش النقص إن كان. نعم لو يرضى المالك ببقائه على الحالة لم يكن له رده لحرمة التصرف في مال الغير، بل هو كذلك مع الجهل بحاله أيضاً، كما أنه للمالك إذا لم يمكن رده كطحن الحنطة أرش نقصه، إن فرض على الغاصب، وذلك كله واضح) انتهى.

أقول: أما وجوب رده إلى ما كان إذا أمكن، فهو مقتضى دليل (اليد) على ما يستفيده العرف منه، بالإضافة إلى أنه عرفي، وقد تقدم أن الشارع أمضى العرف حيث لم يغيره، لكن ذلك إذا لم يستوجب ذهاب ماليته التي أحدثها في

---

(١) سورة النجم: الآية ٣٩.

المغصوب، وإلاّ فدليل «لا ضرر» محكم على دليل «على اليد»، كما سبق مثل ذلك في أوائل الكتاب.

نعم ما ذكره من أنه لو رضي المالك ببقائه على الحالة لم يكن له رده تام، للعلة المذكورة من حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه، كما أنه لا يختلف الحال بين العلم والجهل، لأن الضمانات بمنئى عن الأمرين.

(مسألة ٢٣): قال في الشرائع: (ولو غصب مأكولاً فأطعمه المالك، أو شاةً فاستدعاه وذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب).

وفي الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال، وإن كان المالك المباشر للإتلاف ولتسلّم المال، إلاّ أنه ليس تسليماً تاماً يتصرف به المالك تصرف الملاك في أملاكهم على أنه مال له) انتهى. وقد تقدم فيما سبق وجه ذلك.

وفي القواعد: (ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار، وكذا لو أودعه المالك أو آجره إياه).

وفي مفتاح الكرامة: (أي يرجع عليه بعوض العين والمنافع وعوض الإجارة كما في جامع المقاصد، وفي التذكرة إنه لا يبرؤ من الضمان، وقضيته أنه لو تلف في يده رجع إليه بقيمته، لأنه لم يعد إليه سلطانه، إذ هو على طريق النيابة عن الغاصب في الحفظ، أو استيقاء المنفعة فلم يكن التسليم تاماً، وكذلك الحال فيما إذا رهنه إياه أو أعاره له عارية غير مضمونة) انتهى.

وقوله: (فلم يكن التسليم تاماً) إشارة إلى «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فإنه ليس أداءً، لانصراف الأداء عن مثله، فيلزم عليه بعد تلف العين أو المنفعة دفع مثله أو قيمته.

ومنه يعلم أنه لو استأجر المالك الغاصب لبناء دار المالك، أو غير داره كحمامه ونحوه، وجهل المالك أنه ماله، فإن عليه إعطاء الأجرة له، وفي كونها أجرة المثل أو أقل الأمرين ما ذكرناه في كتاب الإجارة.

وكذا لو أعطى لباسه له مشعراً إياه بأنه لباس الغاصب، أو أعطاه مسكنه ليسكنه فسكنه، من غير فرق في ذلك كله بين جهل الغاصب وعلمه، لوحدة الدليل في الجميع.

وكذا إذا أعطاه متاعه في السفينة حيث كانت مثقلة فقال: ألقه في البحر، فألقاه المالك، زاعماً أنه مال الغاصب، بينما كان المال مال نفسه.

نعم إذا كانت السفينة مشرفة على الغرق بحيث إنه لو لم يلق في البحر لغرقت وهلكوا، فالظاهر أنه لا يضمن المعطي، لأن مثل هذا المال لا احترام له حينئذ، لقاعدة الأهم والمهم.

ولا يبعد أن يكون الحال كذلك في عدم ضمان الغاصب إذا كان المالك مشرفاً على الموت من جهة عدم الأكل، فأعطاه ماله مشعراً إياه بأنه مال المعطي، وكذا إذا أعطاه لباسه فيما كان المالك مشرفاً على الموت من جهة البرد أو نحو ذلك، فإنه في كل ذلك حيث كان محسناً ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾[1]، ومأموراً من الشارع بذلك كان دليل الضمان منصرفاً عنه.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامة: (وأما إذا وهبه للمالك أو أهداه إليه، أو باعه منه وسلمه إليه، أو أقرضه له، فإنه فيها كلها لا يرجع عليه لأنه قد تسلمه تسلماً تاماً فسقط حقه، وزالت يد الغاصب عنه بالكلية)، وإن تبعه الجواهر في ذلك، لما عرفت من انصراف دليل الأداء عن مثل ذلك، والناس يتصرفون في الهبة والقرض تصرفاً لا يتصرفون مثله في أموالهم.

ومنه يعلم عدم وجه للترديد في القواعد فيما لو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه، قال: (احتمل رجوعه على الغاصب لغروره، وعدمه لأن الهبة لا تستعقب الضمان) انتهى.

فإن مقتضى القاعدة هو الرجوع، لما ذكره من الغرور، فإنه قد غره بكون

---

(١) سورة التوبة: الآية ٩١.

ذلك ملكه، وأنه قد وهبه إياه بغير عوض، ومقتضى الهبة أنه إذ أتلف في يده لا يلزم عوضه إذا كان للواهب، وقد تبين كونه مغصوباً، والمغرور يرجع على من غره، وهو خيرة جامع المقاصد كما في مفتاح الكرامة.

ولذا رد القواعد مفتاح الكرامة بعد ذلك بأنه وإن كان أخذها على أن تلفها منه، لكنه لم يأخذها على أنه عليه، فكان الغرور باقياً، فيعمل بمقتضاه، قال: ولا ترجيح في التذكرة، ولم يذكره في الإيضاح.

ومنهما يظهر وجه النظر في كلام الجواهر قال: (ومن هنا لو دفع إليه عوض حقه الثابت عليه على سبيل الهبة اللازمة، فأخذه المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن حقه كان وفاءً على الأقوى، كما عن التذكرة، بل صرح غير واحد بالاكتفاء في ذلك للأداء)، إلى أن قال: (ولذا اكتفى الأصحاب بالدس في المال على وجه يكون في يده على أنه من أمواله، وبالجملة فالمدار على صدق الأداء في المقام) انتهى.

إذ فيه ما عرفت، وتمثيله بالدس غير ظاهر، إذ الدس في المال أداء، فإن المدسوس إليه يعامل معه معاملة ماله، بخلاف الهدية والهبة، فإنه يتعامل معهما معاملة مال جديد وصل إليه بدون عوض.

لا يقال: فكيف أمر الإمام زين العابدين (عليه السلام) الزهري بإلقاء الدية في بيت ولي الدم صرراً في أوقات الصلوات، وجعل ذلك مبرءاً لذمته[1].

فإنه يقال: بالإضافة إلى احتمال أن الولي كان يعلم أنه من الزهري دية، أن تصرف الإنسان فيما وجده في داره وزعم أنه ليس ملكه تصرف بضمان،

(١) الوسائل: ج٦ ص٢٨٠ الباب ١٤ من أبواب الصدقة ح٧.

فليس مثل تصرف الموهوب له في الهبة، والمهدى إليه في الهدية، أو كان ذلك لولاية الإمام (عليه السلام)، أو كان لامتناع المالك، أو غير ذلك.

قال في القواعد: (ولو أمره بالأكل فباع، أو بالعكس، أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان إلاّ في الأخير على إشكال).

وقد علل مفتاح الكرامة وجه زوال الضمان في الأولين بأنّه لو كان مملوكاً للغاصب لضمنه له لمخالفته، وكلما يضمنه لغيره على تقدير ملكه له يزول ضمان الغير له بفعله إذا كان له أي للفاعل، لأنه لا يتصور فيه الغرور، إذ تغريره إنما هو بكونه ملكه أي الغاصب، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت، قال: وهو خيرة جامع المقاصد.

وربما احتمل الضمان أيضاً، لأن الآخذ مغرور، و لم يتحقق تسليم الغاصب ملكه له تسليماً تاماً، فلا يشمله قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1].

لكن الأقرب هو الوجه الأول، لما ذكره الجواهر (بأنه وإن كان لا يصدق على تسليمه أنه أداء، إلاّ أنه صار في عهدة المالك لو كان مملوكاً لغيره، ومثله يسقط الضمان على من عليه الضمان، ولو لظهور أدلة الضمان في غير الفرض أو غير ذلك) انتهى.

ومثله في ارتفاع الضمان ما لو أخذ المالك ماله من يد الغاصب زاعماً أنه مال الغاصب، فإنه باستيلائه على ماله يرتفع ضمان الغاصب، وإن كان زاعماً أن الاستيلاء غصب.

ومما تقدم علم أن مقتضى القاعدة الضمان في المثال الثالث للقواعد، وهو تعميمه الانتفاع لأنه مغرور بكون الملك للغاصب، وأن أنواع التصرفات مجوزة

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح١٢.

له من قبله، وأن يده متفرعة عن يده، وأن تصرفه مقصور على إذنه، وأنه مجرد إباحة فله أن يرجع إلى العين فيأخذها، وأنه يجب عليه بالطلب تسليمها إليه، فكان سلطان الغاصب غير مرتفع عنها بحيث يصير المالك آمناً من رجوعه عليه، كما في مفتاح الكرامة.

وحاصله يرجع إلى أن قوله (عليه السلام): «حتى تؤديه» منصرف عن مثل ذلك، فـــ «على اليد» شامل له، فاحتمال زوال الضمان بأنه سلمه له تسليماً تاماً، فبرئ منه فإتلافه عليه لو أتلفه، فلا يكون مضموناً على الغاصب، غير تام، وإن كان وجهاً لاحتمال القواعد في إشكاله.

ثم إنه إذا كان التسليم تاماً جرى في حول الزكاة، أما إذا لم يكن التسليم تاماً لم يجر، على ما ذكر من التفصيل لذلك في كتاب الزكاة.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: لو لم يكن التسليم فيها تاماً لم تجر في حول الزكاة من حين القبض، مع أنها تجري فيه من حينه إجماعاً.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا أعطاه ماله بعنوان ربحه في المقامرة، أو ربحه في الربا، أو بعنوان أنه بدل خمر أو خنزير أو ما أشبه، فإنه لا يرفع الضمان، لانصراف دليل «حتى تؤديه» عن مثله.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا أعطاه بعنوان الخمس أو الزكاة أو المظالم، حيث إن ذلك لا يكفي في براءة ذمته.

قال في الشرائع: (وإن أطعمه غير المالك قيل يغرم أيهما شاء، لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل، وإن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب لغروره، وقيل: بل يضمن الغاصب من رأس ولا ضمان على الآكل، لأن

فعل المباشر ضعيف عن التضمين بمظانة الاغترار، فكان السبب أقوى) انتهى.

لكن مقتضى القاعدة هو القول الأول الذي نسب إلى المشهور.

بل في الجواهر: (إنا لم نتحقق قائل القول الثاني منا، نعم هو قول الشافعي في القديم وبعض كتبه الجديد) انتهى.

وإنما نقول بتغريم أيهما شاء، لقاعدة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، وإنما يرجع الآكل إلى الغار، لقاعدة الغرور التي تقدمت.

قال في الجواهر: لقوله (عليه السلام): «المغرور يرجع على من غره»[1].

وفي هامش الجواهر: لم نعثر على هذا النص من أحد المعصومين (عليهم السلام)، وإن حكي عن المحقق الثاني (قدس سره) في حاشية الإرشاد أنه نسب ذلك إلى النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله).

وكيف كان، فمثل الإطعام سائر أنحاء الاستفادة، سواء كانت استفادة إتلافية، أو استفادة منفعية، كما إذا ألبسه غير المالك، أو أسكنها غير المالك، أو أعطاه لغير المالك فبخّره أو ما أشبه ذلك، لأن الدليل في الكل واحد.

لكن من الواضح أن رجوع المتلف إنما هو إذا كان مغروراً، أما إذا لم يكن مغروراً بأن علم أنه مال غيره وأعطاه غصباً، فإنه لا يحق له الرجوع إلى المعطي.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح٦.

(**مسألة ٢٤**): قال في الشرائع: (ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثى كان الولد لصاحب الأنثى، وإن كانت للغاصب).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة مثل عبارة الشرائع: (صرح في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس بالحكم المذكور، وإجماعاً على الظاهر كما في جامع المقاصد وفي المسالك، وكذا الكفاية أنه لا خلاف في كون الولد في الحيوان غير الإنسان تابعاً للأنثى، سواء كانت للغاصب أو لغيره).

ثم نقل عن جامع المقاصد ومجمع البرهان التأمل في هذا الحكم، حيث قال أولهما: (إنه يرد عليه أن الولد مني الفحل، فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب إذا نبت في أرض الغير، ورده: بأن الفرق واضح، فإن النطفة لا قيمة لها وليست مملوكة بعد انفصالها، ولا واجبة الرد إلى مالك الفحل، والنشو والنماء من الأنثى، ولا كذلك الحب، فإنه مملوك له قيمة ويجب رده) انتهى.

وتبعه الجواهر في كل ذلك، وأضاف قوله: (بل يمكن تحصيل القطع به من السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار على تبعية الولد في غير الإنسان للأنثى، من غير فرق بين الغاصب وغيره) انتهى.

وفيه ما لا يخفى، فإن الإجماع غير محقق، بالإضافة إلى أنه محتمل الاستناد بل ظاهره فلا حجية فيه، والقول بأن النطفة لا قيمة لها خلاف الوجدان، والسيرة غير ظاهرة، فاللازم أن يعمل حسب القواعد الأولية، وهو أن الولد بينهما كما ذكرنا مثل ذلك في الحب أيضاً، لأن كلاً من الأم والأب دخيل في هذا الولد، كما أن كل واحد من مالك الحب ومالك الأرض دخيل في الزرع.

ولذا ذكرنا في كتاب إحياء الموات أن قاعدة (الزرع للزارع ولو كان

غاصباً) غير ظاهرة الوجه، فاللازم الرجوع إلى العرف في أن هذا النتاج أي قدر منه لهذا، وأي قدر منه لذاك.

ومنه يعلم ما إذا ربى الغاصب مني حيوان غيره في ظرف فأنتج، وكذا الحال في غصب البيضة واستفراخها، فإن الملاك في الكل واحد.

قال في الشرائع: (ولو نقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب نقصه وعليه أجرة الضراب).

وقال الشيخ في المبسوط: لا يضمن الأجرة، والأول أشبه لأنها عندنا ليست محرمة.

وفي القواعد: وعليه الأجرة على رأي، والأرش لو نقص بالضراب، ولا تتداخل الأجرة والأرش.

وفي مفتاح الكرامة: إنه خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والمختلف والإيضاح والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمسالك والكفاية، وفي الأخيرين نسبته إلى الأكثر، وليست في محلها لانحصار الخلاف إن كان في الشيخ في المبسوط وهو نادر.

وفي التذكرة ونهاية الأحكام: إن استيجار الفحل للضراب ليس محرماً عند علمائنا.

وفي السرائر: إنه مذهب أهل البيت (عليهم السلام) قال: (وعليه أجرة الفحل عندنا، وما ذكره شيخنا في مبسوطه من أن أجرة الفحل لا تجب على الغاصب لأن النبي (صلى الله عليه وآله) نهى عن كسب الفحل[1]، فهو حكاية مذهب المخالفين،

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٦٥ الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به ح١٤.

فلا يتوهم متوهم أنه اعتقاده) انتهى.

أقول: إن كان ذلك مذهب الشيخ فهو ناظر إلى هذه الرواية، وحيث إن الرواية موجودة في كتب فقهائنا فلا داعي إلى ما عمله معلق الجواهر من طرحه لها، فإن كتب قدماء الفقهاء مستند في الروايات كالاستناد إلى كتب الحديث.

فقد روى الصدوق كما في الوسائل، قال: «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن عسيب الفحل، وهو أجر الضراب»[1].

ومثله ما رواه مستدرك الوسائل، عن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) نهى عن بيع الأحرار»، إلى أن قال: «وعن عسب الفحل»[2].

وعن الجعفريات، عن علي (عليه السلام)، إنه قال: «من السحت عسب الفحل، ولا بأس أن يهدي له العلف»[3].

ولعل الحكم تقية، لما رواه ابن أثير في نهايته على ما حكى، أنه (صلى الله عليه وآله) نهى عن عسب الفحل، ثم قال: عسبه ماؤه وضرابه. وكذلك روي عن سنن البيهقي[4].

أو أنه محمول على الكراهة، كما عن المسالك والكفاية وغيرهما أنهم حملوا النهي في الخبر على الكراهية.

أو على بيع مائه باعتبار أنه نجس في بعض الحيوانات، ومحرم في بعض الحيوانات المحللة، فبيعه حرام، وإن كانت أجرة الضراب حلال، لكن في كونه أيضاً محرم البيع نظر، كما ذكرناه في المكاسب.

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح٣.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٤٢٨ الباب ١٠ من أبواب ما يكتسب به ح٢.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٤٢٨ الباب ١٠ من أبواب ما يكتسب به ح١.

(٤) انظر سنن البيهقي: ج٥ ص٣٣٩.

وكيف كان، فقد روى حنان بن سدير، كما في الكافي، قال: دخلنا على أبي عبد الله (عليه السلام) ومعنا فرقد الحجام، إلى أن قال: فقال له: جعلني الله فداك، إن لي تيساً أكريه، فما تقول في كسبه، قال: «كل كسبه، فإنه لك حلال، والناس يكرهونه»، قال حنان: قلت. لأي شيء يكرهونه وهو حلال، قال: «لتعيير الناس بعضهم بعضاً»[1].

وفي رواية أخرى، عن معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في حديث قال: قلت له: أجر التيوس، قال: «إن كانت العرب لتعاير به، ولا بأس»[2].

وعن الشيخ روايته بإسناده، عن الفضل بن شاذان[3].

ثم إنه علم مما ذكرناه في بعض المسائل السابقة، أن اللازم القول بضمان الأجرة إذا فاتت تحت يد الغاصب ونحوه وإن لم يستوفها، فحال ذلك حال منفعة الدار ونحوها.

ولذا قال في الجواهر: (بل قد يقال بضمانها بفواتها تحت يده وإن لم يستوفها، بل ينبغي الجزم به إذا كان مما يعتاد استيجاره لذلك، أما مع عدمه فلا يخلو من إشكال، إذ صحة الإجارة أعم من الضمان بالغصب، وإلاّ لوجب على من غصب تفاحة أجرتها للشم، أو دراهم أو دنانير أجرتها للزينة، بناءً على صحة الاستيجار لذلك، والتزامه في غاية البعد لعدم صدق فوات المال) انتهى.

وحيث إن النقص شيء، والأجرة شيء آخر،

(١) الوسائل: ج١٢ ص٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح١.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٢ ص٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح٢.

قال العلامة فيما تقدم من القواعد: لم يتداخلا، وهو مقتضى القاعدة كما لا يخفى.

بل مقتضى القاعدة أنه إذا لم يكن للضراب أجرة، وإنما يهدى إلى صاحب الفحل شيء كان مقتضى القاعدة أن الهدية مضمونة، لأنها منفعة استوفاها الغاصب أو فوتها، ولا فرق في ذلك كله بين علم الغاصب بأنه غصب، وعدم علمه، لأن الضمان لا يتقيد بالعلم.

ثم إن مقتضى القاعدة التي ذكرناها في المسألة السابقة، أنه إذا كان للضراب أجرة، فالأجرة على الغاصب، وإذا كانت القاعدة العرفية على أن يكون الولد مشتركاً فالولد مشترك، وإذا كان التخيير للمالك فالمالك مخير في تقاضي أيهما، كما أنه إن تعارف البيع وقلنا بصحته شرعاً كان اللازم القول بالثمن.

(**مسألة ٢٥**): قال في الشرائع: (ولو غصب ما له أجرة وبقي في يده حتى نقص، كالثوب يخلق والدابة تهزل، لزمه الأجرة والأرش، و لم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أم لم يكن).

وقال في القواعد: (ولا تتداخل الأجرة والأرش، فلو هزلت الدابة لزمه الأمران، وإن كان النقص بغير الاستعمال).

وذكر في مفتاح الكرامة عدم التداخل فيما إذا كان النقص بالاستعمال، عن الشيخ والمحقق والمصنف في جملة من كتبه، وولده والشهيدين والمحقق الثاني والمقدس الأردبيلي.

وقال في الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال في الأخير)، أي إذا لم يكن استعمل، وقال فيما إذا استعمل: (لا أجد فيه خلافاً، لأصالة عدم تداخل الأسباب، إذ فوات الأجزاء في يد الغاصب سبب لضمانها، والانتفاع سبب آخر لضمان الأجرة، فلا يتداخلان كالأول).

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكروه من الأجرة، سواء استعمل أو لم يستعمل، لأنه فاتت المنفعة تحت يده في صورة عدم الاستعمال، والأرش لمكان النقص، والظاهر لزوم الأجرة الكاملة، وإن صارت بسبب النقص أقل، مثلاً غصب داراً أجرتها في السنة مائة دينار، لكنه هدم أو انهدمت غرفة في الدار بما صارت الأجرة خمسين، فإن اللازم عليه إعطاء مائة دينار أجرة، أما قيمة الغرفة فهي على حالها، فإذا كانت قيمة الغرفة خمسين، فاللازم عليه إعطاء مائة وخمسين، مائة أجرة للدار وخمسين أرشاً للغرفة، وكذلك الحال في الدابة والثوب وغيرهما.

والظاهر أنه لو صنع غرفة مثل الغرفة التي هدمها، أو انهدمت تحت

استيلائه ارتفع الأرش لصدق «حتى تؤديه»، فلا حق للمالك في عدم قبول تلك الغرفة وأمره بهدمها مثلاً وأخذ البدل منه، وكذلك إذا فتق الثوب ثم خاطه، أو هزلت الدابة عنده ثم ردّها إلى حالتها الأولية من السمن، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما لو ارتفعت أجرة الدار من المائة إلى المائة وخمسين بسبب هدمه هذه الغرفة، فالظاهر أن الزيادة للغاصب لأنه سعيه، كما سيأتي الكلام في ذلك في المسألة اللاحقة، وإن كان الفقهاءِ لا يقولون به.

قال في الشرائع: (ولو أغلى الزيت فنقص ضمن النقصان).

وقال في الجواهر: (وإن لم تنقص القيمة بلا خلاف أجده بين الخاصة والعامة، بل وإن زادت قيمته على ما قبل الغليان، لأنه مثلي يضمن بمثله، وعمله الذي قد زاد به الواقع تبرعاً لا يقوم مقام ذلك، فما في المسالك من احتمال الرد ولا غرامة، لأن ما فيه من الزيادة والنقصان يستندان إلى سبب واحد، فينجبر النقصان بالزيادة واضح الضعف لما عرفت) انتهى.

أقول: صور المسألة أربع:

الأولى: أن ينقص الوزن والقيمة بنسبة واحدة، واللازم على الغاصب إعطاء نقصان القيمة، إلاّ إذا أمكن إعطاء المثل، فهو واجب عليه قبل القيمة.

الثانية: بقاؤهما، ولا شيء عليه.

الثالثة: نقصان القيمة لا الوزن، والظاهر لزوم إعطاء القيمة الناقصة، لأنه بدون إعطائها لا يصدق «حتى تؤديه»، ولا حق للغاصب بإعطاء مقدار من الزيت يسوى تلك القيمة الناقصة، لما تقدم من أن الحجم لا يقوم مقام الروح السائد،

فهو مثل أن يعطيه فحماً بدل سكره المغصوب، لوحدة الملاك في المسألتين.

الرابعة: نقص الوزن دون القيمة، والظاهر أنه لا شيء عليه، لصدق «تؤديه» بعد تساوى القيمة.

نعم لا يبعد أن يكون للمالك طلب بدله بما يكون بذلك الوزن وتلك القيمة، فاحتمال المسالك هو مقتضى القاعدة، إذ لو طلب منه قدر النقص عيناً كان ضرراً على الغاصب و«لا ضرر» يشمله، كما ذكرنا ذلك في أوائل الكتاب، وهو خلاف ﴿لا تَظلمون ولا تُظلمون﴾[1]، وقد عرفت في الفرع السابق مسألة ما لو زادت القيمة بسبب عمل الغاصب.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر، حيث علل وجوب الرد وإن زادت القيمة بأنه مثلي يضمن بمثله، وعمله الذي قد زاد به الواقع تبرّعاً لا يقوم مقام ذلك. إذ الزيادة من سعي الغاصب ولكل إنسان سعيه، كما يأتي تفصيل الكلام فيه في المسألة اللاحقة.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام القواعد، حيث قال: (ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص القيمة)، وإن قال في مفتاح الكرامة: (إنه بلا خلاف فيه من أحد، وبه صرح في المبسوط وغيره)، ثم قال: (ومثاله أن يغصب رطلين قيمتهما درهم، فيغليهما حتى يصير رطلاً واحداً قيمته درهم أو درهمان، فإنه يرده ويغرم مثل الرطل الذاهب).

ومّما تقدم يعلم حكم ما إذا غسل الثوب فقصر، أو طبخ اللحم فقلّ، أو ما أشبه ذلك، فإن في هذه الموارد أيضاً تأتي الصور المتقدمة بأحكامها المذكورة،

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٩.

لوحدة الدليل في الجميع.

قال في الشرائع: (ولو أغلى عصيراً فنقص وزنه، قال الشيخ: لا يلزمه ضمان النقيصة لأنها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها بخلاف الأولى، وفي الفرق تردد) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة (وكذا في إغلاء العصير على رأي): (موافقاً لأكثر المتأخرين بل كلهم، لحصول النقص في العين، والمخالف الشيخ في المبسوط قال: لا يضمن، وكذا الخلاف فيما حكي عنه ولم أجد له مستنداً، إلاّ أن الذاهب أجزاء مائية لا قيمة لها، لأن النار تعقد أجزاء العصير، ولهذا تزيد حلاوته بخلاف الزيت) انتهى.

وفيه: ما ذكره هو وتبعه الجواهر وغيره من أن الواقع نقص مخصوص في العين، فيجب بدله مع منع معلومية كون الذاهب أجزاء مائية خاصة بخلاف الزيت، وإن تفاوت بالقلة والكثرة، بالإضافة إلى أن نقص الأجزاء المائية أيضاً لها قيمتها، فلا وجه للقول بعدم ضمان النقيصة مطلقاً.

ومما تقدم يعلم الحال فيما إذا صار الرطب تمراً، والعنب زبيباً، واللبن جبناً أو سمناً أو زبداً، وغير ذلك، فإن المعيار في جميع هذه الأمور ما تقدم من أحكام الصور المتقدمة.

(**مسألة ٢٦**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب أو غيره في صنعة اقتضت تلك الزيادة، فإن كانت تلك الصنعة أثراً محضاً لا عيناً، كتعليم الصنعة وخياطة الثوب بخيوط المالك ونسج الغزل وطحن الطعام وصياغة النقرة رده، ولا شيء له، بلا خلاف ولا إشكال، لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك) انتهى.

واستدل له المسالك بالتعدي، قال: (الزيادة في المغصوب تنقسم إلى آثار محضة وإلى أعيان، وجملة القول في القسم الأول أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديه)، ثم مثل له بتعليم الصنعة وخياطة الثوب وقصارته وطحن الحنطة ونحو ذلك قائلاً: (وإنما يكون الخياطة من هذا القسم إذا خاطه بخيوط المالك) انتهى.

واستدل له آخرون: بسلب احترام عمله الذي صدر من غير إذن المغصوب منه، وحيث لا احترام فلا شيء له.

واستدل له ثالث بقوله: لا حق لعرق ظالم، بتقريب أنه يدل على عدم ملكية الظالم حاصل عمله الصادر على وجه العدوان.

كما أنه ربما يستدل له: بالإجماع.

وفي الكل ما لا يخفى، إذ يرد على الأول: إن نهي الشارع عن العمل في ملك الغير لا يقتضي سلب ماليته وما يترتب عليه من الحاصل، لأن النهي تكليفي والأثر وضعي.

نعم لا يمكن أن يقال: إن له الأجرة على المالك، لأن المالك لم يأمر

بالعمل، كما أن الشارع لم يأمر بذلك، فالعمل لا يستحق أجرة شرعية ولا مالكية، أما أن الزيادة الحاصلة لا تكون للمالك فلا وجه له.

وإن شئت قلت: إن العمل إذا كان بإذن مالكي أو شرعي له الاحترام بالأجرة، أما إذا لم يكن بإذن مالكي ولا شرعي، وقد أثر أثراً موجباً لارتفاع القيمة، فاللازم أن تكون زيادة القيمة للعامل، ولا تلازم بين النهي وبين عدم الملك.

وبذلك ظهر وجه النظر في إشكال المحقق الرشتي على ما ذكرناه: (بأن احترام العمل إنما هو لأجل ما يترتب عليه من الأثر المقصود، وإلاّ فالعمل من حيث كونه حركة مع قطع النظر عن مقابلته بالمال لا يتصور له احترام، فاحترام العمل عبارة عن جعل الشيء من المال مكانه لئلا يقع هدراً، فإذا فرض سلب الاحترام كان وجوده كعدمه، فلا يكون بإزاء ما يترتب عليه من الأثر المالي شيء) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إن نفس الحركة محترمة، لأنها للإنسان، فبذلها إذا كان بإذن شرعي أو مالكي تكون الأجرة في قبال نفس الحركة.

وثانياً: إن الأثر المترتب على الحركة هو سعي الإنسان، وسعي الإنسان لنفسه، كما هو مقتضى العقل والشرع.

ومن الجواب عن الدليل الأول ظهر الجواب عن دليل المسالك، الذي استدل لعدم الاستحقاق بالتعدي، حيث قد عرفت أن الحرمة التكليفية لا تنافي الملكية وضعاً.

وأما الحديث فهو غير مرتبط بما نحن فيه، فقد روى الوسائل، عن الشيخ، عن عبد العزيز بن محمد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عمن أخذ أرضاً بغير حقها وبنى فيها، قال: «يرفع بناؤه وتسلم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق»، ثم قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخذ أرضاً بغير حق كلف أن

يحمل ترابها إلى المحشر»[1].

فإن هذا الحديث لا يرتبط بما نحن فيه، حيث الكلام زيادة قيمة المغصوب بسبب عمل الغاصب.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي، حيث استدل بقوله (عليه السلام): «لا حق لعرق ظالم»، قال: (فإنه يدل على عدم ملكية الظالم لحاصل عمله الصادر على وجه العدوان، وجه الدلالة: إن المراد بعرق، خصوصاً بملاحظة مورد الحديث الذي هو السؤال عن الشجر المغروس في أرض مغصوبة، كناية عن كل شيء موضوع عدواناً في ملك الغير، إذ لا خصوصية للعرق جداً، لعمومية الحكم بمثل البناء ونحوه قطعاً.

ومن الواضح أن سلب الحقيقة عن العمل العدواني معناه عدم العلاقة بين ذلك العمل وبين أثره الواقع في ملك الغير، وإلاّ لكان له في ذلك العمل حق، وأظهر أفراد العلاقة أن يشارك العامل صاحب العين في رقبتها أو في قيمتها بحساب قيمة الحاصل، كما هو لازم كونه مالكاً للأثر الواقع في تلك العين، فقضية قوله (عليه السلام): «لا حقّ لعرق ظالم»[2]، جعل عرقه من حيث تعلقه بمحل المظلوم كالعدم، وتتريل الظالم بمترلة الأجنبي، وفرض حدوث ذلك الأثر لعين المالك من جانب الله بدون مدخلية عمل العامل) انتهى.

فإنه بالإضافة إلى عدم كون لفظ الحديث ما ذكره، ولا كون مورد الحديث الشجر المغروس في أرض مغصوبة، أن الحديث يدل على أن العرق لا حق

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١١ الباب ٣ من كتاب الغصب ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٨٣ الباب ١٣ من كتاب الإجارة ح٢.

لبقائه، لا أن الأثر الذي زاد بسببه ملك المغصوب منه ليس للمالك، فلا ربط بين المقامين.

وحيث قد عرفت ضعف الأدلة الثلاثة، وأن المشهور استندوا إليها، فلا مجال لحجية الإجماع الظاهر الاستناد، بالإضافة إلى أنه يظهر من كلماتهم في غير المقام أنه لا إجماع في مثل المسألة لوحدة الملاك.

فقد قال في مفتاح الكرامة، بعد نقله قول العلامة: (والبذر والبيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك، وأنه هو المشهور)، قال: (ولا ترجيح في الكفاية، وفي الخلاف والمبسوط والوسيلة أنهما للغاصب، وعليه قيمة الحب والبيض)[1]، فإنه بعد عدم الفرق بين المقامين يعطي ضعف الإجماع المذكور صغرى كضعفه كبرى، فتأمل.

وكيف كان، فمقتضى ظاهر الكتاب والسنة والعقل أن للغاصب بمقدار ما رفع من قيمة الشيء المغصوب، وإن كان عمله حراماً تكليفاً.

قال سبحانه: ﴿وأن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[2]، وإطلاقه يقتضي عدم تأثير حرمة فعله في عدم كون نتيجة عمله له، كما أن الصياد إذا صاد بآلة غصبية، أو البناء والنجار ونحوهما بنى ونجر بآلة غصبية، لم يسبب ذلك عدم كون ثمر عمله له.

وفي الوسائل في باب جواز بيع الأصول: وحكم من اشترى نخلاً ليقطعه للجذوع فتركه حتى حمل، عن هارون بن حمزة، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)،

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٢٥٧ ط الحديثة.

(٢) سورة النجم: الآية ٣٩.

عن الرجل يشتري النخلة يقطعه للجذوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال (عليه السلام): «له الحمل يصنع به ما شاء، إلاّ أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه»[1].

وفي رواية أخرى، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري النخل ليقطعه للجذوع، فيدعه فيحمل النخل، قال (عليه السلام): «هو له إلاّ أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه»[2].

وعن المقنع الذي هو متون الروايات، قال: «وإن اشتريت نخلاً لتقطعه للجذوع، فغبت وتركت النخل كهيئته لم تقطعه، ثم قدمت وقد حمل النخل، فالحمل لك إلاّ أن يكون صاحب النخل يسقيه ويقوم عليه»[3].

وفي الوسائل في كتاب التجارة، باب أن الرجل إذا صادقته امرأة، روى عن أبي الصباح مولى بسام، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل صادقته امرأة فأعطته مالاً، فمكث في يده ما شاء الله، ثم أنه بعد خرج منه، قال: «يرد عليها ما أخذ منها، وإن كان له فضل فله»[4].

وفي الوسائل في كتاب الوديعة، عن مسمع، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذه، وهذه أربعة

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح٢.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٤٨٣ الباب ٦ من أبواب بيع الثمار ح١.

(٤) الوسائل: ج١٢ ص١٧٥ الباب ٦٥ من أبواب ما يكتسب به ح١.

آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك، واجعلني في حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى، قال: فقال: «خذ الربح وأعطه النصف وأحله، إن هذا الرجل تائب، والله يحب التوابين»[1].

وفي المستدرك، في نوادر الغصب، عن أبي جعفر (عليه السلام)، إنه قال في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء، وما نقص فهو على الغاصب»[2].

وبذلك يظهر أن ما فيه أيضاً، عن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «من اغتصب ماشية فتناسلت في يديه وكثرت فهي وما تناسلت منها للمغصوب منه، وكذلك إذا اغتصب أمة فولدت»[3]، لابد أن يحمل على ما إذا لم يكن للغاصب صنع في التوالد والتناسل.

وأما العقل، فلوضوح أن الزيادة ليست من المالك، ولا تكون بلا مالك، ولا تدخل في ملك المالك بدون أن يكون من المالك عمل في إدخالها في ملكه، فاللازم أن يكون للعامل، وإن كان فاعلاً للحرام بغصبه.

ثم إن الشرائع قال بعد عبارته المتقدمة: (ولو نقصت قيمته بشيء من ذلك ضمن الأرش).

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعدة، لأن على الغاصب أن يرد الشيء

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٥ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح٣.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٦ من أبواب الغصب ح١.

كما كان، على ما يدل عليه قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1]، وغيره مما يفيد أن يد الغاصب يد ضمان.

وعلى ما ذكرناه فإذا زاد في جهة ونقص من جهة، كانت الزيادة للغاصب والنقص عليه، لا أنه يتهاتران، إذ حاله حال ما إذا غرس الغاصب نخلاً وقطع نخلاً، حيث إن ضمان النخل المقطوع عليه وزيادة النخل المزروع له.

ومما تقدم يعرف مكان النظر في قول القواعد حيث قال: (لو غصب حنطة فطحنها أو ثوباً فقصره أو خاطه، لم يملك العين، بل يردها مع الزيادة وأرش النقص إن نقصت القيمة بذلك).

ومثله كلام التذكرة، فإنه قال فيما حكي عنه: (لا يملك الغاصب العين المغصوبة بتغيير صفاتها، فلو غصب حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها وشواها، أو حديداً فصنعه سكيناً، أو آنيةً أو آلةً، أو ثوباً فقطعه وخاطه أو قصره، أو طيناً فصيره لبناً، فإن حق المالك لا ينقطع عن هذه الأعيان، ولا يملك الغاصب بشيء من هذه التصرفات، بل يردّها مع أرش النقص إن نقصت القيمة عند علمائنا أجمع) انتهى.

فإن فيه ــ بالإضافة إلى لزوم تقييد الخيوط بما إذا كانت للمالك في مسألة خياطة الثوب، إذ لو كانت للغاصب كانت كالصبغ على ما يأتي، ولذا قيده بذلك في مفتاح الكرامة ــ: إنه إن أراد الرد مع أرش النقص مع الزيادة ففيه ما تقدم، وإلاّ كان مقتضى القاعدة، نعم ظاهره كظاهر غيره أن اللازم الرد مع الزيادة.

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح١٢.

ثم قال القواعد: (ولو صاغ النقرة حلياً ردّها كذلك، فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته)، وقد نقل مثل ذلك مفتاح الكرامة عن التحرير والدروس وجامع المقاصد، وعللوه بأن الصنعة ليست عيناً ليتخيل أنها مال للغاصب، وإنما هي صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب، فتكون للمالك تبعاً.

ومثله ما لو علف الدابة فسمنت، لأن السمن من الله سبحانه وتعالى، وليس هو عين العلف، كما علله بذلك في جامع المقاصد.

وقد عرفت وجه النظر في ذلك، حيث إن العلة عليلة، ومقتضى القاعدة أن يكون للغاصب سعيه، وإن كان آثماً بفعله، وكون السمن من الله سبحانه وتعالى وليس هو عين العلف، لا يقاوم الدليل الذي ذكرناه من الآية والرواية وحكم العقل.

ثم أي فرق بين ما ذكر، وبين ما ذكره العلامة بعد ذلك بقوله: (ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا).

فإن الصبغ أيضاً من الله سبحانه وتعالى فيما زالت العين وبقي اللون، فقد ثبت في علم الكلام وغيره أن الإنسان إنما يأتي بالمعد فقط، وسيأتي تفصيلهم الكلام في الصبغ.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول القواعد، حيث قال: (فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته)، وإن قال مثله في التحرير والدروس وجامع المقاصد كما حكي عنهم، وإن علله في مفتاح الكرامة بأنها ملك للمالك.

إذ قد عرفت أن المالك لا يملك سعي غيره، فمقتضى القاعدة أنه لو ردّ المال إلى مالكه كما كان لم يكن عليه ضمان، نعم إن سبب الكسر النقص ضمن، كما هو مقتضى النص والفتوى.

ثم هل للمالك إجباره على ردّها نقرة، كما ذكره القواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك، الظاهر عدم الإجبار، لأنه إضرار بالغاصب، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة أن الغاصب يشمله دليل «لا ضرر» كغيره، ولا حق للمالك في إضراره، ودليل: «الناس مسلطون»[1] ليس حاكماً على دليل «لا ضرر» حتى يقال: إن المالك مسلط على ماله، وعلى الغاصب ردّه، فلا مجال لدليل «لا ضرر» بالنسبة إلى الغاصب.

وعليه، فإذا أجبره المالك على ردها نقرةً، ففعل من دون رضاه كان المالك ضامناً للصنعة.

نعم لا ينبغي الإشكال في أنه حينئذ لا يضمن الغاصب أرش الصنعة، كما في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، لما علله في مفتاح الكرامة بأن بقاء الصنعة مع الرد نقرة غير ممكن، فيكون الأمر بردّها كذلك إذناً في إذهاب الصنعة.

وفي الجواهر: إنه لا يضمن تلك الزيادة بتلك الصنعة بعد الأمر له بالرد المقتضي لإتلافها، وإنما يضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لتعليل مفتاح الكرامة بأنه يضمن أرش الصنعة إذا أجبره المالك على ردها نقرة، فردها كذلك بقوله: (إنه لعله اعتمد في ذلك على كون ما ينقص من العين مضموناً على الغاصب إلى حصول التسليم التام، والصنعة جزء من العين ومقوماتها وملك للمغصوب منه، فتكون مضمونة عليه وإن أمره بردّها نقرة، فلا يجدي التمسك في العدم بأن العين لم تكن على

---

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

تلك الصنعة وقت الغصب و لم تستقر للمالك في ذمة الغاصب) انتهى.

إذ على فرض كون الصنعة أصبحت ملكاً للمالك أنه هو الذي أمر بهدمها فيكون حاله كحال ما إذا أمر مالك الدار العامل بهدم الدار، فهل يحتمل ضمان العامل مع أمر المالك بالهدم.

لا يقال: كيف تقولون بضمان الغاصب أرش النقص مع أن المالك هو الذي أمر بهدم الصنعة المستلزم للنقص، وأي فرق بين الصنعة حتى قلتم بعدم ضمانها بسبب أمر المالك، والنقص حتى قلتم بضمانه.

لأنه يقال: المالك له الحق في استرداد ماله كاملاً، ومعنى أمره بهدم الصنعة استرداد ماله كما كان، لأن «الغصب كله مردود»[1] كما تقدم، فأمره لا يزيل حقه، بينما أن الصنعة كما عرفت ليست للمالك، ولهذا إزالتها من الغاصب لا توجب شيئاً للمالك.

نعم الذين ذكروا أن الصنعة تكون للمالك عليهم إبداء الفرق بين الأمرين، وقد حاول جامع المقاصد بيان الفرق بين الصنعة والنقص وغيرهما فقال في محكي كلامه: (وهذا بخلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب، و لم تستقر للمالك في ذمة الغاصب، فعلى هذا لو علفه الغاصب بعد نقله إلى موضع بعيد فسمن، ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاة السير لا يضمن السمن الناقص، ويشكل بأنه لو كان سميناً عند المالك فغصبه ونقله على وجه لا عنف فيه فبقي

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٣.

سمنه، ثم أجبره المالك على رده على الفور فزال سمنه لم يضمنه، وهو ينافي تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلي المصنوع، وفي الفرق نظر)[1].

ثم قال: (ويختلج بالخاطر فرق بتأمل بعض ذلك، وهو أن طلب المالك رد الحلي نقرة يقتضي عدم قبول الصنعة، بخلاف رد السمين إذا استلزم رده إلى الهزال، وبخلاف نقصان العين بالكسر، فإنه لا يقتضي ذلك، ولا منافاة بين ملكية السمن والرضا بها وطلب الرد على الفور وإن علم بهزاله، للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه) [2].

قال: (ويمكن أن يفرق بوجه آخر، وهو أن الأمر بردّ الحلي نقرة يدل على عدم قبول الصنعة والترخيص في إتلافها، بخلاف ما ينقص بالكسر، لأن الأمر بالكسر لا يقتضي قبول الناقص من الفضة، وإن كان لازماً عنه لا محالة، فهو محسوب من جملة المؤنة الواجبة على الغاصب، فإنه لو أمره المالك برد الدابة إلى بلد الغصب، وكان ذلك مستلزماً للهزال، لا يكون دالاً على عدم إرادة السمن والترخيص في إتلافه، فيكون من باب المقدمة كالعلف والسقي)[3]، وينبغي التأمل في الفرق بينه وبين الأول)[4] انتهى.

وحيث قد عرفت أن مقتضى القاعدة حق المالك في ماله كاملاً، بلا زيادة ولا نقيصة، فالصنعة لا حق له فيها إطلاقاً، كما أن النقص له الحق فيه، وأمره بالإرجاع ليس معناه أنه تنازل عن حقه الكامل في العين، كما أنه كذلك بالنسبة إلى الشاة، فإذا أمر بردها وسبب ذلك الهزال كان الغاصب ضامناً.

أما إذا سبب رجوع الشاة إلى حالتها الأولية بذهاب السمن الذي حصل بسبب الغاصب، فإنه لا حق له في شيء، لأن السمن الزائد لم يكن له، وإنما كان للغاصب.

---

(١) جامع المقاصد: ج٦ ص٢٩٥.

(٢) جامع المقاصد: ج٦ ص٢٩٥ ــ ٢٩٦.

(٣) جامع المقاصد: ج٦ ص٢٩٦.

(٤) انظر مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٢٦٣.

لا يقال: فكيف قلتم بأن الغاصب لا يتضرر.

فإنه يقال: فرق بين الضرر الذي يلزمه عرفاً رد العين، حيث إنه داخل في قوله: «الغصب كله مردود»[1]، وبين ما لا يلزمه عرفاً كالصنعة فإنه لا يجبر على إزالتها.

بل على المالك إما القبول بالاشتراك مع الغاصب، أو إعطاء الغاصب قيمة الصنعة برضاه.

ويؤيد ذلك ما تقدم من حديث الشيخ الطوسي عن الخلفاني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، حيث قال (عليه السلام): «عليك أن ترجع بمالك على الورثة، وترد المعيشة على صاحبها وتخرج يدك عنها»، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير ذلك، قال (عليه السلام): «نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من الثمار، وكل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد كل ذلك إلاّ ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للمزارع إما قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له، وردّ عليك القيمة وكان الزرع له»، قلت: جعلت فداك، فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرساً، قال: «له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه»، فقلت: جعلت فداك أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: «يرد ذلك إلى ما كان، أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها ورد البناء والغرس، وكل محدث إلى ما كان، أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ورفع

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٣.

النوائب عنها، كل ذلك فهو مردود إليه»[1].

فإن الإمام (عليه السلام) فرق بين الزرع والبناء وكل محدث فجعله للغاصب، وبين الحفر التي تحدث في الأرض بسبب قلع البناء والزرع فجعلها على الغاصب، فقال (عليه السلام): «يرد ذلك إلى ما كان، أو يغرم القيمة لصاحب الأرض».

كما أنه يؤيده أيضاً ما رواه عقبة بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه، حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعليّ ما أنفقت، أله ذلك أم لا، فقال (عليه السلام): «للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كري أرضه»[2].

وفي حديث، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل اكترى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، قال: «عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل، ويعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء، وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء»[3].

أقول: السؤال خاص بما لم يستأمره، والجواب شامل للصورتين، وحاصل الكلام: إن الزرع أو الغرس بإذن صاحب الأرض لا يقلع، وبغير إذنه يقلع.

وقال الصدوق في المقنع، الذي هو متون الروايات: «وإن أتى رجل أرض رجل فزرعها بغير إذنه، فلما بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح٢.

بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت، فللزارع زرعه ولصاحب الأرض كري أرضه»[1].

لا يقال: هذه الروايات تنافي ما ذكرتم من أن الزرع مشترك بين الزارع ومالك الأرض، لأن الزرع يأخذ من الأرض، كما يأخذ أتعاب الزارع.

لأنه يقال: الروايات ليست بصدد التفصيل من هذه الجهة، ولذا يجب أن تبين بما تقدم في رواية: «من أنكر وديعة ثم أقر بها»، ورواية الدعائم المتقدمة من قوله (عليه السلام)، في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء، وما نقص فهو على الغاصب»[2].

بالإضافة إلى آية السعي[3]، ودليل العقل، وغير ذلك، فتأمل.

قال في الشرائع: (ولو صبغ الثوب كان له إزالة الصبغ بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب، ولصاحب الثوب إزالته أيضاً، لأنه في ملكه بغير حق، ولو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما إجابة الآخر، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول)، إلى آخر كلامه.

أقول: لو صبغ الغاصب ثوب المغصوب منه بصبغه، بأن كان من الغاصب العمل فقط، وإنما الصبغ والثوب كلاهما للمالك، فإنه إن زادت القيمة على الصبغ والثوب، مثلاً كان الثوب يسوى عشرة والصبغ يسوى عشرة فلما

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح٢.

(٣) سورة النجم: الآية ٣٩.

صبغ الثوب صارت القيمة ثلاثين، فمقتضى القاعدة أن العشرة الزائدة للغاصب لأنه عمله، ولا وجه لأن يكون للمغصوب منه كما تقدم مثله، وإن لم يزد وإنما كان الثوب بعد الصبغ بعشرين لم يكن للغاصب شيء، كما ليس عليه شيء، وإن نقص كان على الغاصب النقص، لأنه هو الذي سببه فيشمله «لا ضرر»، و«لا يتوى»، و«الغصب كله مردود»، ونحو ذلك.

ولو صبغ الغاصب بصبغ نفسه لا بصبغ المالك، فقد يكون قابلاً للإزالة، وقد لايكون.

وأوضح منه ما لو ألصق الغاصب خشبته بسفينة المالك وهي قابلة للإزالة، فقد يكون يرضى كلاهما بإزالة أحدهما أو بإزالة ثالث لها، فلا إشكال.

وقد يكون لا يرضى أحدهما بإزالة الآخر ولا بإزالة الثالث، فصاحب السفينة يريد إزالة الخشبة بنفسه، وصاحب الخشبة يريد إزالتها بنفسه، وهنا مقتضى القاعدة أن الحاكم يعطي لأحدهما الصلاحية في الإزالة اعتباطاً أو بالقرعة، لا للثالث، لأن إزالة الثالث خلاف سلطنتهما معاً، وإزالة أحدهما خلاف سلطنة أحدهما، والضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز إزالة سلطنتهما فيما يمكن إزالة سلطنة أحدهما فقط.

وعلى أي حال، فإن لم يتلف بالإزالة أحدُهما فلا كلام، أما إذا سبب الإزالة تلف أحدهما، فإن سبب تلف مال الغاصب لم يكن بذلك بأس، لأنه هو الذي تعدى وأذهب احترام مال نفسه بنفسه.

أما إذا أصاب التلف مال المالك، فمقتضى القاعدة أن الغاصب يضمن الأرش، لأنه هو الذي ضرر وتوى وما أشبه من الأدلة.

ثم إنه إذا كان هنالك ضرر في قلع الخشبة لهذا أو ذاك، فإذا كان ضرر

أحدهما أكثر يقدم لا ضرره على ضرر الآخر، مثلاً لو قلع الخشبة تضرر مالك السفينة بعشرة، ولو لم يقلعها كانت قيمة الخشبة دينار بما يسبب تضرر الغاصب بدينار، حيث تبقى خشبته ملتصقة بالسفينة، فإنه يقدم «لا ضرر» المالك فلا تقلع الخشبة.

أما إذا انعكس بأن كانت قيمة الخشبة عشرة، وضرر مالك السفينة بسبب القلع دينار، رجح القلع وضمن الغاصب الأرش أي الدينار.

أما إذا كان الضرر متساوياً، بأن كانت قيمة الخشبة دينار، وإذا قلعت تضرر صاحب السفينة ديناراً، حيث إن الأمر يدور بالقلع بتضرر المالك، وعدم القلع بتضرر صاحب الخشبة، فالظاهر أنه يرجح الحاكم أحدهما على الآخر، لأنه وضع لحل المشكلات، كما ذكرناه في كتاب القضاء وغيره، فإذا رجح الحاكم القلع وجب على صاحب الخشبة إعطاء الأرش، لأنه هو الذي سبب الضرر على مالك السفينة، أما إذا رجح بقاء الخشبة، فالظاهر أنه لا شيء على صاحب السفينة، لأنه لم يسبب ضرراً على أحد.

لا يقال: إنه كيف يتصرف صاحبها في الخشبة.

لأنه يقال: إن صاحب الخشبة هو الذي أذهب احترام مال نفسه.

وبذلك ظهر حال اشباه ذلك، كما إذا غرس الغاصب الاشجار في الأرض للمغصوب منه، أو نصب خشبة أوعموداً في بنائه، أوبنى غرفة في داره، إلى غير ذلك من الامثلة.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه كلام العلامة بأن الفاضل بينهما، في مثل ما إذا صبغ الثوب فزادت القيمة، كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة

الصبغ عشرة، وساوى بعد الصبغ ثلاثين، لأن الزيادة لهما، فلو لا الصبغ لم تزد قيمة الثوب، ولولا الثوب لم تزد قيمة الصبغ.

فحال المقام حال ما إذا كان للمغصوب منه فردة حذاء، ثم صنع الغاصب فردة أخرى وباعهما بثلاثين، بينما كل فردة بعشرة، فإن اللازم تقسيم العشرة الزائدة بين الغاصب والمغصوب منه، ولا حق للغاصب أن يقول: لولا فردتي أو لولا صبغي كانت قيمة الفردة والثوب عشرة، فاللازم أن أعطي للمغصوب منه عشرة فقط.

لا يقال: من عمل الغاصب زادت القيمة وله سعيه.

لأنه يقال: ليست الزيادة من عمل الغاصب فقط، وإنما من العمل ومن مال المغصوب منه ومن مال الغاصب، وإن كانت المسألة بعدُ بحاجة إلى تأمل.

نعم ما ذكره العلامة هو المحكي عن المبسوط والتذكرة والمسالك والشرايع والكفاية وغيرهم.

وبذلك ظهر وجه النظر في كلام مفتاح الكرامة، قال: (ولو زادت قيمتهما لزيادة قيمة الثوب، فالزيادة لمالكه خاصة، كما أنها لو زادت لزيادة قيمة الصبغ فالزيادة للغاصب، ولو زادت بسبب العمل خاصة فهي بينهما، لأن كلاً من الثوب والصبغ قد زاد بالصنعة، والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلم للمغصوب منه) انتهى.

إذ لماذا تكون زيادة قيمة الثوب للمالك، مع أن السعي له مدخلية في تلك الزيادة، كما أنه لماذا تكون الزيادة للغاصب فقط، فيما إذا زادت قيمة

الصبغ، بينما أن للثوب أيضاً مدخلية في هذه الزيادة.

نعم مقتضى القاعدة أن العرف إذ رأوا الزيادة منقسمة بينهما انقسمت تقسيماً متساوياً، وأما إذا رأوا زيادة في هذا الجانب، أو في ذلك الجانب، كان التقسيم حسب رأي العرف ورؤيته.

فقد يرى العرف أن أكثرية الزيادة للغاصب، وقد يرى أن أكثرية الزيادة للمالك، وقد يرى التساوي، فإذا بنى داراً في أرض المالك، فقد تزداد قيمة الأرض بسبب البناء، وقد تزداد قيمة البناء بسبب الأرض، وقد تزداد قيمتهما معاً، ففي كل الأحوال الثلاثة يكون المحكم العرف في أن الزيادة الحاصلة كم منها لهذا، وكم منها لهذا.

وعن المبسوط أنه لو نقصت قيمة الصبغ وزادت قيمة الثوب، فهو بينهما بالنسبة، كما لو انخفضت قيمة الصبغ إلى ثمانية بعد أن كان يساوي عشرة وارتفعت قيمة الثوب إلى اثني عشر، وهو المحكي عن غيره أيضاً، وأيّده مفتاح الكرامة.

ومقتضى القاعدة أن النقص في الصبغ على الغاصب، لأنه هو الذي أنقص ماله بسبب استعماله في ملك المغصوب. أما الزيادة فهو بينهما إما بالتساوي أو بالتفاوت حسب رأي العرف.

وعلى أي حال، فقد ظهر مما تقدم أنه لو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغاً مع أرش النقص، كما ذكره القواعد فيما تقدم من كلامه، مثلاً إذا صارت قيمتهما معاً ثمانية في مثال إن قيمة كل واحد عشرة، فإنه يرد الثوب مصبوغاً ويرد معه درهمين، وذهب صبغه وعمله ضياعاً، بينما كان إذا استأجره المالك لذلك كان للصابغ عشرة قيمة عمله فرضاً.

والظاهر أنه لا حق للمالك أن يقول: لا أريد الثوب المصبوغ فخذ الثوب وأعطني بدله أو عشرة، إذ هو

ملكه وبالصبغ لم يخرج عن ملكه، وإنما ورد عليه نقص يجب على الغاصب تداركه، على إشكال في الجملة.

وكذلك إذا كسر رجل فرسه أو فقأ عين شاته أو ما أشبه، فإنه يرد عليه مع الأرش، على تأمل في أنه لا حق له في تقاضي بدل ماله.

كما أن الغاصب إذا قال: أعطني الثوب وأرد عليك بدله أو الثمن، لا يجب على المالك إجابته، إذ هو ثوبه فلا تنتزع سلطته عنه بدون دليل.

ولو قال الغاصب: أعطني الثوب حتى أزيل الصبغ، فالظاهر أنه لا حق للمالك في إلجائه إلى الأرش، لأن الغاصب له السلطة على ماله وهو الأرش، وعلى عمله وهو إزالة الصبغ، وواجب عليه أحدهما، أما تعيين هذا أو ذاك فهو بيده لا بيد المغصوب منه، كذا قيل، لكن مقتضى أن «الغصب مردود» أن للمالك الحق في إلزامه بإزالة الصبغ.

أما ما تقدم عن العلامة من أنه تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب إلى إجانة صباغ، وهو المحكي عن التذكرة وجامع المقاصد أيضاً. وعلله في مفتاح الكرامة (بتحقق اختلاف المالين، ولا حقّ لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل، ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما، إذ لا عدوان من أحدهما) انتهى.

فمقتضى القاعدة أن يقال: إن حصل النقص في كل واحد منهما كان النقص عليهما، وإن حصل النقص في أحدهما كان النقص على المنقوص منه، وإن حصلت الزيادة في أحدهما فالزيادة له، وإن حصلت الزيادة في كليهما فالزيادة لهما، فليست المسألة هنا كمسألة الغاصب، إذ لا غاصب في البين حتى يكون

عليه النقص، ويكون له الزيادة بمقتضى سعيه وعمله.

ولو غصب الصبغ والثوب ثالث فصبغه بذلك، فإن نقصا ضمن النقص فيهما، وإن نقص أحدهما ضمن النقص فيه، وإن زادا أو زاد أحدهما صار شريكاً، لما عرفت من أن له سعيه، وحيث إن الزيادة متقومة بالجانبين السعي من هذا والعين من ذاك كان اللازم تقسيمها بينهما إما بالسوية أو بالاختلاف حسب نظر العرف، وإذا زاد الاثنان قسمت بين الثلاثة.

ثم إن الغاصب الذي جمع الثوب والصبغ من اثنين وصبغ الثوب إن كان الصبغ مما يمكن فصله فلهما تكليفه بالفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما غرمه الغاصب، كما أفتى به في مفتاح الكرامة، وذلك لأنه مقتضى رد الغصب في النص والفتوى، فإن (رده) ظاهر في رده كما كان، على ما تقدم في بعض المسائل السابقة، والنقص إنما حصل بفعله أولاً حيث صبغ الثوب.

فلا يقال: إن النقص حصل بسبب أمرهما بالتفكيك فلا أرش عليه.

ثم إن الصبغ إذا لم يقبل الزوال لم يكن معنى لجبر المالك الغاصب على فصله، أما إذا قبل الزوال فهل يجبر على فصله، كما عن المبسوط بلفظ الأقوى، والإرشاد وجامع المقاصد وفي التحرير للمالك قلعه، وفي الإيضاح أجيب المالك لوجوب رد العين كما أخذها كما نقل عنهم.

وفي التذكرة: (وهل يملك إجبار الغاصب على فصله، الأقرب أنه إن كان له غرض كان له ذلك، وكذا إن كان للصبغ قيمة وإلاّ فلا) انتهى كلام التذكرة، أو يفصل في المسألة بأنه إذا كان للصبغ قيمة لا تزول بزواله، أو إذا لم يكن للصبغ قيمة كان له حق الإجبار، وإلاّ فلا.

أما حق الإجبار في الصورتين، فلأنه مقتضى رد العين المغصوبة، كما يستفاد من «الغصب كله مردود».

وأما أنه لا حق له في الإجبار فيما إذا كانت له قيمة فلأنه إضرار بالغاصب، وقد تقدم أن الغاصب لا يجوز الإضرار به، وإنما يكون الغاصب شريكاً مع المغصوب منه. نعم إذا كانت للصبغ قيمة ولا تزول بزوال الصبغ، كان للمالك الإجبار أيضاً، لأنه ليس بإضرار.

احتمالات، وإن كان الأقرب الثالث.

ومنه يعلم وجه النظر في الكلمات المتقدمة، وكذلك الحال فيما إذا صب الغاصب ماءه في حليب غيره، حيث لا يحق لمالك الحليب أن يفوّره حتى تتصاعد الذرات المائية للغاصب، ويرجع الحليب على مقداره السابق، لأنه إتلاف، كما لا يحق له إجبار الغاصب بذلك.

وهكذا الحال، إذا جمد الغاصب ماء المالك، فإن لم يكن للجمد قيمة فوق قيمة الماء كان له الإجبار بالإذابة، كما كان له الإذابة بنفسه، أما إذا كان للتجميد قيمة لم يحق له ذلك، مثلاً قيمة الماء درهم، وقيمة الجمد درهمان، فإنه إذا أذابه أو أجبره على الإذابة كان معناه أنه ضرره بدرهم، فدليل «لا ضرر» محكم في المقام، فتأمل.

ثمّ إنه إن طلب الغاصب من المالك إزالة الصبغ، فلا يجب على المالك الإجابة إليها، سواء بقي للصبغ قيمة بعد الإزالة أم لا.

أما إذا لم تبق قيمة له بعد الإزالة، فلأنه لا وجه لإجابته بعد كون الأصل عدم الوجوب على المغصوب منه، كما أنه لا يجب على المغصوب منه تسليم المال إلى الغاصب بأن يزيله الغاصب، لأصل عدم وجوب تسليم ماله إلى الغير.

وأما إذا كانت للصبغ قيمة بعد الإزالة، فلأن الأصل عدم وجوب الإزالة على المالك وعدم وجوب التسليم لأن يزيله الغاصب، بل يشتركان كاشتراك أحدهما مع الآخر في خلط مال أحدهما بالآخر.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام القواعد، حيث قال: (ولو طلب الغاصب الإزالة أجيب إليها، ونقله في مفتاح الكرامة عن الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع والإرشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية، وهو المشهور، ذكره الشيخ وأتباعه كما في التنقيح، وفي الرياض أنه المشهور خصوصاً بين المتأخرين، وفي الكفاية والمسالك أنه الأشهر) انتهى.

لكن عن التذكرة والدروس التردد.

وبذلك يظهر وجه النظر في استدلال المحقق والشهيد الثانيين للمشهور في المحكي عنهما (بأنه لو لا إجابته إلى قلع الصبغ لزم عدوان آخر، وهو التصرف في مال الغير بغير حق، وأنه لا سبيل إلى تملكه بعوض ولا بغير عوض قهراً، ولا إلى إلزام المالك ببيع الثوب، وبيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه، فربما لم يرغب فيه راغب، وبقاء الثوب في يد المالك ممنوعاً من التصرف فيه موجب لزيادة الضرر، فلم يبق إلاّ الإجابة إلى القلع، فحينئذ يترجح هذا بانحصار وصول الحق إلى مستحقه فيه، إذ من ظَلَم لا يحل أن يُظلَم) إلى آخر كلامهما.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة الاشتراك، ويكون حال الثوب المصبوغ كحال الأموال المشتركة في كيفية فصل مال أحدهما عن مال الآخر.

وعليه فإذا أرادا شيئاً نفذ إرادتهما من بيع هذا لهذا أو بالعكس، أو بيعهما لثالث، أو المهاياة في الانتفاع أو ما أشبه، وإن اختلفا فأراد كل اشتراء مال صاحبه، أو أراد أحدهما الاشتراك وأراد الآخر البيع من الغير أو نحو ذلك فصل بينهما الحاكم.

ومنه يعلم وجه كلام الشرائع حيث قال: (ولو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما إجابة الآخر، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول).

وعلله في الجواهر بقوله: (لما فيه من المنة، بلا خلاف أجده فيه إذا كان الطالب الغاصب، وإن احتمله في الكفاية، إلاّ أنه لم نجده لغيره حتى من العامة مع وضوح ضعفه) انتهى كلام الجواهر.

كما أن منه يعلم وجه النظر فيما في القواعد والتذكرة والروضة وغيرها، كما حكي عن جماعة منهم من أن لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس، انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا فرق بين عدم إمكان إجبار أحدهما الآخر أن يكون الغاصب الجابر أو المالك.

ثم إن ما ذكرناه من أن للغاصب ضامن لنقص قيمة الثوب، إنما هو فيما إذا نقص بسبب الصبغ، أما إذا نقصت القيمة بسبب تنزل السوق، فلا إشكال في أن الغاصب ليس بضامن، لأنه ليس من فعله، ولذا في الجواهر بعدم الضمان مع استناد النقصان إلى تغير السوق، لا إلى فعل الغاصب، وكذا إذا حصل النقصان بسبب أن الثوب خلق بسبب عارض.

كما أن مما تقدم يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (ولو كان الصبغ مغصوباً من مالك الثوب، فإن لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب ولا شيء له وإن زادت القيمة، لأن الموجود منه أثر محض، وإن حدث بفعله نقصان غرم) انتهى.

إذ قد عرفت أن الزيادة تكون للغاصب بقدر سعيه، ولم يعلم وجه لقوله: (بأن الموجود منه أثر محض) فإن هذه علة استيناسية لا شرعية.

ثم إذا أمكن الفصل بين الصبغ والثوب، والحال أنهما لمالك واحد أو لمالكين، كان على المالك إجبار الغاصب على الفصل، وتضمينه النقص إن حصل كما في الجواهر، وذلك لدليل أن «الغصب مردود»، فإن مقتضاه رده كما كان.

نعم إذا رضي المالكان أو المالك بعدم الفصل، لم يكن للغاصب الفصل، كما في الجواهر أيضاً، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

أما إذا رضي أحد المالكين بالفصل وأمره بذلك، ونهاه المالك الآخر، فالمرجع الحاكم إذ لا وجه لتقديم سلطة أحدهما على الآخر، فهو كما إذا قال أحد الشريكين لأجنبي بفصل ماله عن ماله شريكه، ولم يرض الآخر بالفصل، إذ وجه تلك المسألة آت هنا.

قال في القواعد: (ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة، إلاّ أن قيمة الثوب ارتفعت بالسوق إلى سبعة، وانحطت قيمة الصبغ إلى ثلاثة، فللمالك سبعة، ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها، وللغاصب خمسها وعشرها، وبالعكس إذ النقص السوقي غير مضمون).

أقول: أما الفرع الأول فهو واضح، لأن الثوب ساوى بعد الصبغ

للقيمة السوقية سبعة، والصبغ ثلاثة، بعد أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة وبيعا، فإنه للمالك سبعة هي نصف العشرة وخمسها، وللغاصب ثلاثة هي خمس العشرة وعشرها، لوضوح أن الحكم يتعلق بما صارت القيمة السوقية إليه، ولا أثر للخمسة التي كانت للمالك، أو التي كانت للغاصب بعد تغير السوق.

وكذا في كل شركة، فإذا كان لصاحب السكر خمسة، ولصاحب اللبن خمسة قيمة مالهما، وبعد الاختلاط تنزل السوق بأن صارت قيمة السكر ثلاثة، وارتفع السوق بأن صارت قيمة اللبن سبعة، فإنه لا يلاحظ القيمة السابقة، بل القيمة الحالية النازلة والصاعدة.

ومنه يعلم وجه فرعه الثاني الذي قال: ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها، فإنه كما كان في الفرع الأول للمالك نصف العشرة وخمسها كان في الفرع الثاني للمالك نصف اثني عشر وخمسها، وهما ثمانية وخمسان من اثنين، وكذلك يكون للغاصب خمسها وعشرها لأنه قد كان له من العشرة خمس وعشر.

ويمكن استخراج هذه المسألة وأشباهها بالأربعة المتناسبة، بأن يقال: لو كان المجموع عشرة لكان للمالك سبعة، فلو كان المجموع مثلاً سبعة وسبعين فكم للمالك، أو بالعكس بأن يقال: لو كان عشرة لكان للغاصب ثلاثة، والآن حيث المجموع خمسون مثلاً فكم للغاصب.

إلى غير ذلك مما هو واضح، كما أنه يمكن استخراج المسألة بحساب الخطئين وغيره.

(مسألة ٢٧): قال في الشرائع: (إذا غصب دهناً كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان، ولو خلطه بأدون أو أجود قيل يضمن المثل لتعذر تسليم العين، وقيل يكون شريكاً في فضل الجودة، ويضمن المثل في فضل الرداءة، إلاّ أن يرضى المالك بأخذ العين) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة: (إنه خيرة المبسوط والتذكرة والمختلف والإرشاد والدروس وغاية المراد وجامع المقاصد، وفي المسالك نسبته إلى الأكثر، وفي مجمع البرهان إنه ظاهر)، ثم قال: (ولكن في السرائر أنه كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من زيتة المخلوط، وإن شاء أعطاه من غير مثل زيته، إنه هو الذي تقتضيه أصول المذهب، لأن عين الزيت المغصوب قد استهلك، لأنه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكروه، لأن الأمر عرفي والشارع لم يردع عنه، فإن الأمر دائر بين أن لا يملك أيهما شيئاً، أو أن يملك كل منهما كله، أو أن يملك الغاصب دون المالك، أو بالعكس، وكل ذلك خلاف العرف، وخلاف استصحاب الملكية، فمقتضى القاعدة بقاء ملكهما، ولذا استدلوا له بأن عين مال المالك موجودة في الجملة، غايته أنها ممتزجة بغيرها، وذلك لا يخرجها عن ملكه، ولأن في إثبات الشركة إيصال المالك إلى بعض حقه وإلى بدل بعضه من غير زيادة فوتت على الغاصب، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل.

ولذا رد الجواهر السرائر بقوله: (إنه لا شيء في أصول المذهب يقتضي الخروج بذلك عن الملك، وإلاّ لخرج بالاختلاط أيضاً بغير اختيار أو برضى

منهما، كما أنه ليس في شيء منها ما يقتضي الانتقال عن الملك بمحض التعدي لو غصب رطلاً من هذا ورطلاً من هذا وخلطهما، فإنهما يكونان بذلك هالكين، وإنما تقتضي أصول المذهب بقاء كل منهما على ملك مالكه، ويجري عليهما حكم المشترك بالإتلاف والبيع ونحوهما، أو يثبت أن مثله سبب شرعي للشركة على وجه يكون الحبة الواحدة مشتركة بينهما، وإن كانت في الواقع هي لأحدهما، فحينئذ فلا فرق بين المزج الاختياري والاتفاقي والغصبي في حصولها به) إلى آخر كلامه.

وهو كما ذكره، لما ذكرناه من أن الأمر عرفي والشارع لم يردع عنه، فمقتضى القاعدة أنه ممضاة من قبله.

أما إذا خلطه بالأجود، فعن المبسوط وتبعه السرائر والتحرير كما حكي عنهم: (إن الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه، أو مثله من غيره، فإن باعه قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين، والصحيح أن هذا كالمستهلك، فيسقط حقه من العين ويصير في ذمة الغاصب، لأنه قد تعذر أن يصل إلى عين ملكه بعينها، فإذا انتقل إلى الذمة يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله، لأنه قد تطوع بخير من زيته، لا لأنه أعطاه عين ماله، وبين أن يعطيه مثله من غيره) انتهى ما في المبسوط.

لكن عن مشهور المتأخرين كالتذكرة والإرشاد والمختلف والدروس وجامع المقاصد، وحكاه المحقق عن بعض أصحابنا: تشاركهما.

وعن الدروس والمختلف وجامع المقاصد: أنه يقسم بينهما وإن كان مال الغاصب أجود.

أقول: الظاهر تشاركهما كل بقدر حقه، فإذا كان الأجود يسوى دينارين

والأردأ يسوى ديناراً، كان للغاصب من العين بقدر دينارين، وللمالك بقدر دينار، وذلك لأنه هو العرفي في مثل هذه المشاركات، قهرية كانت أو اختيارية من الغاصب، أو من ثالث.

وقد عرفت أن مثل هذه الأمور عرفية أمضاها الشارع، حيث سكت عليها، ولذا احتج المتأخرون لرأيهم بأن الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً، فلا يسقط حق المالك من العين بسببها، كما لو صاغ النقرة وعلف الدابة فسمنت، وعلّم العبد صنعة، فتأمل.

وأما القولان الآخران، فيرد على قول الشيخ ومن تبعه أن مال المالك لا يكون كالمستهلك، كما أن مال الغاصب كذلك، ولذا فلا وجه لجعل مال أحدهما كالمستهلك حتى يكون له على الآخر المثل أو الثمن، كما أنه يرد على القول بالتشريك أنه لا وجه له بعد كون مال أحدهما أكثر من مال الآخر، فبماذا انتقل الأكثر إلى الآخر، مع أن الاعتبار العرفي والشرعي والعقلي في الماليات الروح والجسم، فإذا لم يمكن الجسم رجع إلى الروح، كما تقدم مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: (وقد يكون المراد من قوله في التذكرة والإرشاد تشاركا، أنه إنما يشاركه في أصل المال لا في الزيادة، فيكون الشأن في ذلك كما هو الشأن فيما إذا انهال صاع رجل قيمته درهم على آخر قيمته درهمان، فإنهما يتشاركان ويباعان إذا تعاسرا، ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً، وإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، ففي التذكرة الأقرب عندنا الجواز، لأن القسمة ليست بيعاً عندنا) إلى آخر كلامه.

واحتمال كونه رباً لا وجه له بعد ما تحقق في بحث الربا من أنه حرم لأجل كونه فساداً للمال، وليس هذا من باب فساد المال، وإنما خلافه من باب فساد المال.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر من احتمال كونه ربا، حيث قال: (ويمكن حمل ما في القواعد والإرشاد والتذكرة وغيرها من إطلاق الشركة على الوجه الذي ذكرناه، لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، وغيرها من الاستصحاب ونحوه، لا أن المراد الشركة حقيقة لعدم الدليل، والضرر على مالك الجيد مع فرض إرادة المساواة على تقدير التساوي في الحكم، ولا دليل على الشركة في العين بحسب القيمة على وجه يكون لمالك الجيد في العين أزيد قدراً مما كان له، بل لعل ظاهر الأدلة خلافه، بل هو الربا، بناءً على عمومه لمثل ذلك) انتهى.

نعم قوله في رد المبسوط ومن تبعه: (من منع الاستهلاك الملحق بالتلف الموجب للانتقال في الذمة، وإلاّ كان المساوي كذلك، مع أن الشيخ لا يقول به، بل دعوى كون مال المالك مستهلكاً ليس بأولى من القول بأن مال الغاصب مستهلك فلا شيء له، وهو واضح الفساد، فالتحقيق بقاء مال المالك على ملكه) انتهى.

هو الوجه، وقد أشار إلى هذا الرد على الشيخ غير واحد من الفقهاء.

وعلى هذا فإن رضي بالتقسيم كل بحسب ماليته فهو، وإن تعاسرا حكم الحاكم إما بالتقسيم أو بالبيع وإعطاء كل بقدر ماليته من الثمن، والظاهر أن الإجبار على تقسيم العين حسب ماليتها أقدم من الإجبار على البيع، لأن في البيع

يكون الروح المالي فقط بدون جسم، مع أن السلطة على الروح وعلى الجسم معاً، فيكون في كل طرف كالتقاص القهري.

ومنه يعلم ما لو خلطه الغاصب بالأردأ، فإن للمالك العين بالزيادة، لأنه عين ماله و لم يستهلك، ورداءته لا تسبب الرجوع إلى البدل.

كما أنه إذا بتر ذنب دابته مثلاً، أو فقأ عينه أو نحو ذلك، لا يخرج الملك عن ملك مالكه، وإنما له المال مع الأرش.

نعم إذا كانت الرداءة زائدة بحيث يصدق الاستهلاك، كما لو مزج سمنه العادي بسمن متعفن رديء جداً حتى لا يقال: إنه ماله، كان له حق البدل مثلاً أو قيمةً، ويقدم المثل على القيمة، لما تقدم في القيمي والمثلي.

ومنه يعلم أن القولين الآخرين في المسألة:

أحدهما: ما في القواعد قال: وبالأردأ يتخير المالك في المثل والعين مع الأرش، وهو الذي اختاره التذكرة وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والروضة.

والآخر: إنه يضمن المثل، وهو خيرة المبسوط والسرائر والإرشاد والدروس واللمعة ومجمع البرهان على ما نقله عنهم مفتاح الكرامة.

غير ظاهر الوجه.

وإن علل الأول بأنه كالمستهلك، ولذا ينتقل إلى البدل، وعلل الشق الأول في القول الثاني بما تقدم، والشق الثاني بأن حقه لم يسقط بالكلي بفعل الغاصب، مع إمكان التوصل إلى البعض، والنقص في الخليط يجب جبره بالأرش، فاللازم إعطاؤه الأرش مع العين، غير ظاهر الوجه.

إذ يرد على القولين ما عرفت، بالإضافة إلى أنه كيف يرد العين مع الأرش في القول الأول، مع أن اللازم رد العين الأزيد لا رد العين مع الأرش، لما تقدم في الخلط بالأجود، فإنه أقرب إلى ماله عرفاً، وقد تقدم رد إشكال ورود

الربا فيما إذا كانا ربويين.

وكأنه لذا قال في الجواهر: (التحقيق بقاء المال على ملك مالكه ويشتركان في قيمته بالنسبة، كما لو اختلط المالان بغير اختيار، وما أدري ما الذي دعاهم إلى الفرق بين المزج الغصبي وبين المزج فتأمل) انتهى.

وعلى هذا، فلا فرق بين المزج بالمساوي أو الأدون أو الأجود في الاشتراك في المال بقدر القيمة، على ما ذكرنا تفصيله في المزج بالأجود.

هذا، ولكن يمكن أن يقال في كلتا الصورتين، المزج بالأردأ والأجود، للمالك التخيير بين أن يأخذ من العين بالنسبة، وبين أن يأخذ مثل ماله، وذلك لأن الأمر عرفي، والعرف يرون تخييره، إذ ربما لا تنفعه العين، مثلاً له مقدار نصف ماله من الأجود، وله عائلة يريد إطعامهم من المعتاد بقدر ضعف الأجود الذي يعطى له، إذ لا ينفعه ذلك الأجود ولا يتمكن من تبديله، فله أن يأخذ بمثل ماله من المعتاد بقدر ما كان له، وقد يكون لا يختلف لديه الحال في الأجود الأنقص والمعتاد الذي امتزج منه.

وكذلك في جانب الأردأ، فقد يكون له ضيوف لا يمكن تقديم غير الأجود إليهم، أو له مرض لا يمكن أن يتقوت بغير الأجود، فماذا ينفعه الأكثر المعتاد، وهنا يريد مثل ماله، وقد لا يهمه ذلك، فيأخذ الأكثر الأردأ من ماله، فإذا قبل بالعين الممزوج فهو، وإلاّ فمقتضى «الغصب مردود» بظاهره، وكذا «حتى تؤديه» أن اللازم الأداء بقدر ما أخذ منه كماً وكيفاً، وهذا هو الذي اختاره المحقق الرشتي في غير المجانس.

قال: (إن الحق في غير المجانس هو التخيير بين أخذ المثل والأخذ من

العين، فيكون شريكاً، بناءً على ثبوت الشركة في غير المتجانسين، كما هو الحق في الأقوال المصرح بها في باب الشركة إذا كان المزج حقيقياً اتفاقاً أو اختيارياً، وذلك لأن سبب الضمان وهو استهلاك العين موجود، وسبب الشركة أيضاً كذلك، بناءً على ما ذكر، ويلزم من اجتماعهما تخيير من له الحق، إذ لا مانع شرعاً وعقلاً من التخيير هنا، وقد ذكرنا أن عدم التخيير في بعض صور تعارض الأسباب مستند إلى المانع، وإلاّ فالقاعدة تقتضي ثبوت التخيير من أجل التزاحم بعد فقد الترجيح، كما في المقام) انتهى.

وبذلك يظهر أن كلا القولين في باب الخلط والمزج بغير الجنس محل تأمل.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما لو خلط بغير جنسه، كما إذا خلط الزيت بالشيرج، وخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، لكان مستهلكاً وضمن المثل، كما صرح به الفاضل والشهيدان والشيخ فيما حكي عنهم وغيرهم، بل في الكفاية إنه الأشهر، بل لا أجد فيه خلافاً، لأنه تالف لبطلان فائدته وخاصيته، بخلاف الجيد مع الرديء المتفقين في الجنس، نعم احتمل في التذكرة قوياً ثبوت الشركة، كما لو مزجاه بالرضا أو امتزجا بأنفسهما)[1] انتهى.

ثم إنه إذا رضيا في الجيد والرديء مثلاً بالعين، لكن لم يعلم أن مال أيهما جيد، ومال أيهما غير جيد، فمقتضى القاعدة جريان قاعدة العدل، فإذا احتمل أن يكون مال زيد الجيد بما قيمته على الضعف، أو مال عمرو كذلك، نصّف، لأنه مقتضى قاعدة العدل.

وكذلك الحال في المتجانسين المتساويين كيفاً إذا علم باختلاف الكم

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص١٦٦.

و لم يعلم أن لأيهما الكم الأزيد، مثل أن لم يعلم أن لزيد طنين من الحنطة ولعمرو طناً أو بالعكس، فإنه يقسم الثلاثة الأطنان بينهما لكل نصفها.

من غير فرق في كل ذلك بين أن يكون المزج والخلط باختيارهما، أو باختيار مختار غيرهما، أو بدون اختيار إطلاقاً، أو باختيار الغاصب منهما، لوحدة الملاك في كل المقامات الأربعة.

(مسألة ٢٨): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا خلاف في أن فوائد المغصوب مضمونة بالغصب، وهي مملوكة للمغصوب منه، لأنها نماء، وإن كان قد تجددت في يد الغاصب، أعياناً كانت كاللبن والشعر والولد والثمر، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة، بل الإجماع بقسميه عليه، بل وعلى عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوات والتفويت، وكذا الكلام في منفعة كل ما له الأجرة في العادة، لأن المنافع محسوبة أموالاً شرعاً، وقبضها بقبض العين)، انتهى.

وفي القواعد: والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد وبالتفويت.

وقال في مفتاح الكرامة: (وبالحكمين المذكورين طفحت عباراتهم بعضها في الكتاب وبعض في مطاوي كلماتهم في ضمن مسائل أخرى من دون خلاف أصلاً).

أقول: وذلك لما ذكره في المسالك وغيره كما تقدم من كون فوائد المغصوب لمالكه، لأنها نماء ملكه ومنافعه، فتكون مضمونة في يد الغاصب كالأصل.

قال: (ولا فرق في ثبوت أجرة المنفعة بين أن يستعمل العين وعدمه).

أقول: وذلك لصدق الأدلة المتقدمة، مثل «الغصب مردود»، و«فوتها المغتصب أعطى العوض»[1]، و«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، فإن المنفعة أيضاً مغصوبة أو فوتها، ومثل «لا تبطل حقوق المسلمين»، إلى غير ذلك من الآيات والروايات التي تقدمت في المسائل السابقة.

نعم ربما يشكل ذلك في المنافع والأجرة التي لم يفوتها الغاصب،

---

(١) مستدرك الوسائل: ج١٢ ص١٠٥ ب٧٨ ح٥ الطبعة الحديثة.

وإنما كانت تفوت على المالك، سواء كان بيد الغاصب، أو بيد نفس المالك كما إذا كان للمالك بستان متروك لشأنه سنوات، حيث لا يستنفع بثمرها ولا يقطع الأعواد والأخشاب منه، فإذا استولى عليها الغاصب و لم ينتفع بها، بل كانت كالسابق وكاللاحق بعد رده إلى المالك، تتساقط الأثمار وتفسد وتبقى الأخشاب والأعواد والأغصان حتى تتلف، فالظاهر أن الغاصب لا يضمنها لعدم صدق أنه فوتها، أو فاتت تحت يده، خصوصاً إذا لم يكن للغاصب منع في أن يذهب المالك ويقتطفها ويقطعها للانتفاع بها.

وكذلك حال أجرة الدار المتروكة للمالك منذ سنوات مثلاً، حتى أنها إذا كانت بيده أيضاً لم يكن ينتفع بالأجرة ولا بالسكنى ونحوهما، كما إذا كانت داره في غابة منقطعة، وقد نزح المالك عن تلك الدار إلى المدينة ولا يمر عليها ولا يؤجرها، والغاصب لم يستنفع بها بسكنى أو إيجار أو نحوهما، فإن الأدلة المتقدمة لا تصدق في المنفعة في هذه الصور.

ومن الواضح أن الإجماع ولا خلاف، إنما يستندان إلى الأدلة المتقدمة لتصريح جملة من الفقهاء بها، فهي محتملة الاستناد أو ظاهره، فلا يمكن أن يكون مستنداً للكلي الذي ذكروه.

وكذا حال الصوف للحيوان، حيث إنه إذا لم يجزّ لم يتجدد الصوف، فإن المالك إذا لم يكن يجز صوف شاته وغصبها الغاصب و لم يجزه لم يكن وجه للقول بضمانه جزتين وثلاث وأربع وما أشبه.

وهكذا حال ماء البئر مما إذا لم يمتح لم يتجدد، وكان المالك لا يمتحه، وكذلك الغاصب، فإنه لا يضمن الشيء المقدر بأنه لو كان متح لكان نبع منها كذا من الماء، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد تقدم في بعض المسائل السابقة أن الغصب عرفي، فإذا لم يصدق عرفاً لم يكن الأحكام الشرعية مترتبة عليه.

وكذا الحال في أجرة الدابة إذا لم تكن تستأجر حتى إذا كانت بيد المالك، والغاصب لم ينتفع بها، فإنه لا وجه لضمانه الأجرة، لأنه لم يفوتها، وقد تقدم مثل هذه المسألة في عمل الحر.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام القواعد، حيث قال: (ولو تعدّدت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجرة أعلاها، ولا تجب أجرة الكل).

ومثله في التذكرة وجامع المقاصد كما حكي، إذ لا وجه لأجرة الأعلى، بل المعيار الأجرة التي فاتت، فإذا كانت الخياطة أعلى، لكن لم تكن الخياطة في هذا الزمان مثلاً للحر ونحوه، فإنه لا وجه لضمان الغاصب لأجرة الخياطة، بل وكذا إذا كان ترك الخياطة ولا يريدها حتى إذا كان بيد المالك لم يخط، وهكذا الحال بالنسبة إلى أجرتي الدابة وغيرها، فقوله: (له بالأجرة الأعلى) غير ظاهر الوجه.

نعم لا ينبغي الإشكال في ضمان الأجرة الأعلى فيما إذا كان المالك يريد إيجارها بتلك الأجرة، مما كان ممكناً عرفاً أيضاً، وميسوراً خارجاً، لصدق «فوتها»[1] ونحوه.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلمات جملة منهم، كقول المسالك: (إن استعمله في الأعلى ضمنها، وإن استعمله في الوسطى أو الدنيا ففي ضمان الأعلى وجهان)، وتبعه صاحب المفاتيح.

وقال في الروضة: (إن أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحدة وجب

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

أجرة ما أمكن، وإلاّ فأعلاها أجرة، ولو كانت الواحدة أعلى منفردة من منافع متعددة يمكن جمعها وجب الأعلى).

وقال في مفتاح الكرامة بعد قول الروضة: وهذا هو الأشبه، وهو ظاهر جامع المقاصد.

نعم ما ذكره الدروس بقوله: لو استعمله بما له أجرة زائدة عن أجرة المثل المطلقة لزمه الزائد، هو مقتضى القاعدة، لأن الغاصب انتفع بالعين بقدر ذلك، فلا وجه لضمانه أجرة المثل فقط.

ثم إنه إن اختلفت الأجرة في مدة الغصب، فكانت في اليوم الأول أكثر أو أقل، كان اللازم على الغاصب إعطاء الأجرة بقدر أجرة المثل في كل زمان من أزمنة الغصب.

أما احتمال أن يضمن في كل وقت من أوقات المدة بأجرة مثلها في أول المدة، فإن كانت في الأول أقل ضمنها بالأقل، وإن كانت فيه أكثر ضمنها بالأكثر، لأنه لو كان المال في يده لأمكن أن يكريه بها في أول المدة لجميع المدة، فغير ظاهر الوجه.

ولذا صرح التذكرة في المحكي عنه، وتبعه مفتاح الكرامة بما ذكرناه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون المالك كان يؤجر الشيء في أول الوقت أم لا، لأن تنظير غير التأجير به مع التفاوت بينهما في الدليل مما لا وجه له.

نعم يحتمل ذلك لصدق «فوتها المغتصب أعطى العوض»[1]، لأن المغتصب هو الذي سبب خسارة المالك بهذا المقدار، فالاعتبار أنه إذا كان بيد المالك كم كان ينتفع به.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

ثم إن الجواهر قال: (يلحظ الوسط من كل منفعة الموافق للمعتاد لا النادر، كما أنه يلحظ في الدابة وغيرها أجرتها في الوقت المعتاد فعله كالنهار دون الليل، إلاّ أن يكون له منفعة معتادة في الليل أيضاً) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: بالنسبة إلى النادر والوقت غير المعتاد إذا كان المالك بصدد ذلك وكان ميسوراً، مما يصدق «فوتها» كان على الغاصب إعطاؤها، لأنه هو الذي فوت على المالك المنفعة النادرة والمنفعة غير المعتادة.

أما إذا كان المالك يريد الاستنفاع بها بما يمرضها مثلاً بمنفعة أكثر من المنفعة المعتادة، فالظاهر عدم ضمان الغاصب لتلك المنفعة، لأنها لا تسمى منفعة فوّتها.

ولو انعكس بأن استفاد الغاصب منها المنفعة الزائدة الموجبة لمرضها مثلاً، فالظاهر وجوب الأمرين عليه: بدل المنفعة والأرش، لوجود الدليل في كل واحد منهما.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في قول الشرائع: (ولو سمنت الدابة في يد الغاصب، أو تعلم المملوك صنعةً أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزيادة، فلو هزلت أو نسي الصنعة أو ما علمه فنقصت القيمة لذلك ضمن الأرش وإن رد العين، ولو تلفت يضمن قيمة الأصل والزيادة) انتهى.

وذلك لأنه إذا كانت الزيادة من الغاصب فهي له، ولا وجه لضمانه ما سعى فيه وزاده، ولا معنى لما علله في الجواهر وغيره بضمان الزيادة ولو المتجدد منها مما يكون من فعل الغاصب: بأنها أثر تابع لعين المالك، إذ هذا التعليل لم يظهر من نص ولا إطلاق.

وإذا استوفى الغاصب المنفعة، فإن كانت لها

بدل في نظر العرف وجب عليه البدل، وإذا لم يكن لها بدل في نظر العرف لم يكن عمله إلاّ حراماً.

وبهذا يظهر وجه قول الجواهر: (إذا لم يكن بالمنفعة أجرة في العادة كالغنم والشجر ونحوهما، مما لا تستأجر عادة لذلك، وإن قلنا بصحة إجارتها ببعض الانتفاعات، إلاّ أنها ليست أموالاً عرفاً، والأصل البراءة، بل قد يقال بذلك حتى لو استوفاها، بأن نشر ثيابه على الشجر مثلاً، أو ربط دابته بأصله، نعم لو كان قد آجره لذلك كانت الأجرة للمغصوب منه بعد الإجارة) انتهى.

فإن المنفعة إذا لم تكن مالاً عرفاً لم يكن وجه للأجرة، أما إذا آجرها فقد صارت مالاً ويكون عليه الضمان.

ومنه يعلم حكم ما إذا غصب حائطاً ثم جلس في ظله، فقد يعد ذلك منفعة لها بدلها، كما في الطرق حيث يبنى الحائط أو تنصب الخيمة أو ما أشبه للانتفاع بظلهما ولو خارج الخيمة.

أما إذا لم يعد ذلك منفعة لها مقابل فلا شيء.

وكذلك الاتكاء على الحائط والاستنارة بنور مصباح الغير ونحو ذلك، وقد ذكرنا طرفاً من الكلام في هذا المبحث في كتاب إحياء الموات.

(**مسألة ٢٩**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو زادت القيمة لزيادة صفة كانت في يد المالك، أو تجددت عند الغاصب ثم زالت تلك الصفة، ثم عادت الصفة بعينها، كما لو كان كاتباً فنسي ثم تذكر، أو ذا صنعة كذلك، عادت القيمة بعودها، لم يضمن قيمة الزيادة الثابتة، لأنها انجبرت بالثانية فكأنها لم تزل)[1]، للأصل وصدق الأداء كما أخذ، وقاعدة نفي الضرر، وأن الظالم لا يُظلم، وغير ذلك.

نعم لو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت.

أقول: الظاهر أن المسألة إجماعية، لما ذكره مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساويا قيمة) انتهى. قال: (نحوه ما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد وغيرها... وظاهرهم القطع بالانجبار وعدم وجوب الأرش فيما لو اتفقا جنساً، كما لو كان كاتباً أو عالماً أو خياطاً فنسي ثم تذكر إذا لم يفت شيء).

وفي المسالك: إنه لا شبهة فيه.

ومقتضى القاعدة أن الأمر كذلك، وإن لم يكن تذكراً لما نسي، بل تعليماً من الغاصب إياه، وذلك لصدق أن «الغصب مردود»، وأن ما فوقها على المغتصب أعطاه، فلا حاجة بما ذكروه من كونه كاتباً فنسي ثم تذكر، فلو رده كاتباً كان رداً للمغصوب، سواء تذكر أو تعلم.

كما أن مقتضى القاعدة أنه لو رده كاتباً أحسن كتابةً من الكتابة السابقة مما له قيمة زائدة، فالزيادة للغاصب إذا كان الغاصب هو الذي سبب ذلك.

أما الفرع الثاني في الشرائع من نقص الثاني عن قيمة الأولى، فالحكم كما

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٧٠.

ذكره، لأن النقص الفائت مضمون على الغاصب، والظاهر أن حال السمن كذلك فيما إذا كان سميناً فهزل ثم سمن، ولهذا كان المحكي عن صريح المبسوط والإرشاد ومجمع البرهان، بل وظاهر الشرائع أنه يجبر الثاني الأول، وذلك لأن الأصل عدم الضمان، ولا دليل عليه.

بل ظاهر أن «الغصب مردود» وغيره، ومفهوم «فوقها المغتصب أعطى العوض»[1]، بل والعرفية التي استندنا إليها في السابق في بعض المسائل السابقة، هو عدم الضمان.

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن صريح التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس أنه لا يجبر الثاني الأول، وإن استدلوا له بأن الثاني مال متجدد للمالك، والأول مال ذاهب، وبالأصل حيث إنه بعد الهزال صار الأصل الضمان.

إذ لا معنى لكونه مالاً متجدداً للمالك، وقد عرفت سابقاً أن المال المتجدد الذي سببه الغاصب يكون للغاصب، وإذا لم يكن مما سببه الغاصب بل كان من الله سبحانه وتعالى محضاً لم يكن على الغاصب أيضاً شيء، لصدق أنه رده كما كان، ومنه يعلم أنه لا مجال للأصل.

كما منه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال: (وإن لم يكن العائد نفس الفائت، كما لو هزلت الجارية ثم سمنت وعادت القيمة كما كانت، ففيه قولان:

أحدهما: إنه ينجبر أيضاً ويسقط الغرم، كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض، وهذا هو الذي يقتضيه إطلاق المصنف، حيث خص الضمان بصفة غيرها، وإن كان ظاهر قوله: ثم عادت الصفة، قد يقتضي

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

خلاف ذلك، لأن السمن الأول غير الثاني، إلاّ أن الصفة وهي نفس السمن واحدة.

والثاني: العدم، لأن السمن الثاني غير الأول، والأول وقع مضموناً، والثاني تجدد هبة من الله تعالى كالأول لو كان متجدداً، فلا يحصل للغاصب بسببه شيء، وهذا أظهر) انتهى.

كما أن منه يعلم وجه النظر في قول المحقق الرشتي: (إن الصفة الثانية إن كانت متجانسة مع الصفة الأولى مع إمكان اجتماعهما لا جبر كالسمن، فإن الفائت منه والعائد منه قد يجتمعان فيحصل السمن المفرط بهما معاً، لأن الفائت في عهدة الغاصب والعائد هبة جديدة، ولا يقال عرفاً إنه جبر للسمن الأول لعدم استحالة اجتماعهما) إلى آخر كلامه.

فإن العرف أصدق شاهد على أنه جبر للسمن الأول، فكيف يقال إنه لا يقال عرفاً أنه جبر للسمن الأول، وكونهما قد يجتمعان أو لا يجتمعان لا أثر له في نظر العرف حسب ما يستفيد من قوله: «لأن الغصب كله مردود»[1]، وحسب مفهوم «فوقها»[2].

وكأن المحقق المذكور أخذ التفصيل المزبور من الجواهر، حيث قال: (كل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة وتزداد القيمة بذلك هي لا تنجبر بالمتجددة، وكل صفة لا يمكن تقديرها مع المتجددة، أو أمكن ولكن لا تزيد بها القيمة عن المجددة بل هي هي، أو تنقص لا تضمن وتنجبر بالثانية، وحينئذ فكلا القولين المتقدمين عن المبسوط والتذكرة وأتباعهما لا يخلو من نظر لما عرفت من التفصيل المزبور)[3].

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٣.

(٢) مستدرك الوسائل: ج١٢ ص١٠٥ ب٧٨ ح٥ الطبعة الحديثة.

(٣) انظر جواهر الكلام: ج٣٧ ص١٧١.

ثم الظاهر أنه إذا نقصت القيمة بمثل نسيان العبد الكتابة والكلب الصيد وما أشبهه، فرده إلى المالك مع الأرش، ثم تذكر العبد والحيوان الصفة المنسية، أخذ الغاصب الأرش الذي دفعه، لأن الأرش كان كبدل الحيلولة، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة أن البدل يعاد إلى الغاصب إذا ارتفعت الحيلولة في الجملة.

ولذا قال في الجواهر: (بل لا يبعد أن يقال بكون التفاوت لو دفعه إليه متزلزلاً مراعى بعدم العود كالحيلولة، فلو رد العبد الذي نسي الصنعة ودفع معه الأرش، ثم تذكرها وهو في يد المالك، رد إلى الغاصب ما أخذ منه، فإن المدار في ذلك على قاعدة نفي الضرر والضرار التي مقتضاها ما عرفت) انتهى.

بل وغير قاعدة نفي الضرر والضرار أيضاً كما عرفت في بعض المسائل السابقة.

ولذا فاحتمال أن يقال إن التالف مال ذاهب قد ذهب في يد الغاصب وهو مضمون عليه، وما تجدد نماء مال المالك هبة من الله تعالى شأنه، فلا وجه لجبره الأول، بل يأخذ الأرش منه وإن رد العبد إليه، يدفعه أنه ضرر على الغاصب منفي بالقاعدة المزبورة التي لا ينافيها غصبه، فإن الظالم لا يُظلم.

بل يقال: إنه قد رد على المغصوب منه، وإن كان الرد بعد مدة، إذ لا فرق في رد الشيئين في وقت واحد أو في وقتين، وأي فرق بين أن يرد عليه نصف ملكه ثم نصف ملكه الآخر، أو أن يرد عليه العين ثم الصفة.

ومنه يعلم أنه لا حق للمالك في طلب الأرش إذا استعد الغاصب في أن يرد عليه الصفة، كما إذا نسي العبد فعلمه بعد الرد إليه، أو هزلت الدابة

فسمنها بعد الرد إليه.

كما يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكرة وتبعه المحقق الرشتي قائلاً: (ومن هنا يتجه القول بعدم الجبران إذا عاد في يد المالك بعد أخذ الأرش كما عن التذكرة، وأن العائد لما لم يكن حقيقة هو الفائت احتاج في الحكم بكونه جابراً إلى تتريل من العرف، والظاهر عدم كون العود في يد المالك مورد التتريل، بل مورداً لجعله موهوباً جديداً وملكاً طريفاً للمالك) انتهى.

فإنه لا يشك العرف في أنه ليس هبة جديدة، وإنما هو عود إلى ما كان.

نعم قد يكون هبة جديدة، كما إذا علم المالك العبد، أو الكلب الذي نسيه، أو سمنت الدابة بسبب علف المالك لها، فإنها ليست هي القديمة.

ومنه يعلم صحة ما ذكره في التذكرة من أنه إذا مرض عند الغاصب ثم برئ رده من غير شيء. وإن قال في الجواهر: إنه مناف لكلامه السابق في مسألة الانجبار في السمن.

والحاصل: إن حصل صدق الرد ولو تدريجاً لم يكن على الغاصب شيء، وإن لم يصدق الرد كان عليه التفاوت، وإذا شك في الضمان فإن كان الأصل عدم الضمان استصحب، وإلاّ استصحب الضمان، لكن إذا كان النقص علم الكلب كان ذلك على الغاصب بين رده ورجوع علمه إليه.

ولو غصب دابة فهزلت، لكن كانت قيمتها هزيلة وسمينة واحدة، ردها بدون شيء، كما أنها لو سمنت لكن نقصت قيمتها بسبب السمن كما في الكلب

السلوقي إذا سمن، أو الفرس المعد للسباق إذا سمن، أو ما أشبه كان اللازم عليه رده مع التفاوت، فليس المعيار السمن والهزال، وإنما المعيار في نقص القيمة وعدمه.

وعليه فلو هزل الحيوان مما سبب زيادة قيمته في مثل الكلب والفرس المذكورين، فالظاهر أن الزيادة للغاصب إذا كان الهزال بسببه مما يعد داخلاً في أن ﴿ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[1].

وكذلك إذا أزال صبغ الثوب مما سبب زيادة قيمته، أو شذب الشجر، أو بتر العضو الزائد في الحيوان أو العبد كاليد الزائدة والإصبع الزائدة والرجل الزائدة ونحوها.

وكذلك الحال إذا أخذ ملوحة الماء مما صار صالحاً للشرب، فزادت بذلك قيمته.

نعم إذا صار السمن أو الهزال أو ما أشبه من قبل الله تعالى من غير سعي الغاصب، لم يكن للغاصب شيء، لأنه هبة من الله سبحانه وتعالى للمالك، ومثله الحال في الزيادة المنفصلة، كما إذا حملت الدابة أو الشجرة من غير سعي الغاصب، فإنهما للمالك، أما إذا كانا من سعي الغاصب، فقد عرفت اشتراكهما في تلك الزيادة في بعض المسائل السابقة.

ثم إن الشرائع قال: (أما لو تجددت صفة غيرها مثل أن سمنت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلمت صنعة فزادت قيمتها، ردها وما نقص بفوات الأولى).

(١) سورة النجم: الآية ٣٩.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى الضابط الذي ذكرناه، ضرورة زيادة القيمة بتقدير السمن الفائت مع الصفة المتجددة، فيضمنه الغاصب الذي قد فات تحت يده) انتهى.

لكن قد عرفت أن مقتضى القاعدة أن الزيادة للغاصب والنقيصة عليه، فلا وجه لكون الزيادة للمالك مع أنها ليست سعياً له.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك وتبعه مفتاح الكرامة والجواهر أيضاً بقوله: (فلو كان الكمال من وجه آخر، مثل أن نسي صنعة كانت قيمته معها مائة فصارت إلى خمسين، ثم تعلم صنعة أخرى غير الأولى فعادت إلى مائة، رده ورد معه خمسين، ولو تكرر النقصان وكان في كل مرة مغايراً بالنوع للناقص في المرة الأخرى ضمن الكل، كما لو غصب جارية قيمتها مائة، فسمنت وبلغت قيمتها ألفاً، وتعلمت صنعة فبلغت ألفين، ثم هزلت فنسيت الصنعة فعادت إلى مائة، ردها وغرم ألفاً وتسعمائة) انتهى.

وفيه: إن مقتضى القاعدة أن السمن في الجارية لو كان من الله سبحانه وتعالى لم يضمن نقصه الغاصب إذا هزلت، كما أن تعلم الصنعة إذا كان من الغاصب لم يكن وجه لضمانه إياها لو نسيها.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول المسالك حيث قال: (لو غصب شجرة فتحات ورقها ثم أورقت، أو شاة فجز صوفها ثم نبت، يغرم الأول ولا يجبر بالثاني لأنه غيره، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت شعرها أو تمعط شعرها ثم نبت فإنه يحصل الانجبار، والفرق أن الورق والصوف متقومان فيغرمهما، وسن الجارية وشعرها غير متقومين، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانهما) انتهى.

إذ يرد عليه: إنه لو كان إيراق الشجرة وإنبات الصوف بفعل الغاصب لم يكن وجه في ضمانه، لأنه بذلك رد المغصوب كما كان، فلم يكن وجه للأرش ونحوه، كما أن الشعر كالسن أيضاً متقوم، فإن كان المعيار التقوم فهما فيه سواء.

ثم إنه إذا أنسى الغاصب الجارية صنعة محرمة كالغناء مثلاً مما نقصت قيمتها لم يكن ضمان، كما تقدم شبه ذلك في إزالة الصنعة المغصوبة المحرمة من الآنية والخشب ونحوهما، فإن الشارع لم يجعل له مالية.

ثم إن الغاصب إذا أوجب في العبد المغصوب أو الحيوان مثلاً استعداداً للمرض أو للصحة، فصح أو مرض عند المالك بعد رده إليه عد من سعي الغاصب ومن إضراره، فإذا كانت زيادة أو نقيصة كانت له أو عليه، إذ لا فرق.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في قول المسالك: (لو مرض العبد ثم برئ فزال أثر المرض، ففي جبران الصحة للفائت منها وجهان، الضمان لأن الصحة الثانية هي الأولى، وبه قطعت التذكرة، والثاني العدم لمنع كونها الأولى، بل يكفي الشك فيستصحب حكم الضمان، وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً ثم برئ وزال الأثر) انتهى.

إذ يرد على الأول: أن لا استصحاب بعد رؤية العرف أنه رد الشيء المغصوب فهو من تبدل الموضوع.

أما رده مريضاً ثم برئ وزال الأثر فهو على قسمين لأنه قد يكون يرى العرف أنه رد المغصوب، وقد يكون أنه يرى عدم رد المغصوب، ولكل حكمه ففي التمسك بالاستصحاب نظر.

وحيث قد عرفت أن اللازم في رد مثل المريض والمعيوب الأرش، فلا

وجه لاحتمال لزوم إعطاء أجرة الطبيب والدواء على الغاصب، مثلاً أخذ الحيوان وأمرضه ورده على الغاصب، وكان التفاوت عشرة، لكن المغصوب منه صرف لصحته عشرين أو خمسة، فإنه لا يتفاوت الحال في ذلك، حيث إن الواجب على الغاصب الأرش فقط.

وهل يحق للغاصب أن يقول: أنا أطيب لك الحيوان ثم أرده، أو أرده ثم أبرئه لك ولا أعطيك الأرش.

أما الأول: فلا، إذ لا يحق له إبقاء الحيوان عند نفسه حتى يبرئه إذا كان المغصوب منه يريده، فإن الغصب كما هو حرام ابتداءً حرام استدامةً في كل لحظة، كما يفهم من دليله.

وأما الثاني: ففيه احتمال، إذ الواجب على الغاصب رد الغصب كاملاً، والكمال يكون بإعطاء الأرش تارة، وتكميل المغصوب أخرى، فإنه وإن لم أجد من ذكره إلاّ أنه مقتضى العرفية.

وقد تقدم أن الشارع أوكل الأمر إلى العرف، بل يمكن أن يستدل له بأن «الغصب كله مردود»[1]، وبــ «فوقما المغتصب أعطى العوض»، فإن العوض شامل لكلا الأمرين.

ثم قال المسالك: (لو زادت قيمة الجارية بتعليم صنعة محرمة كالغناء ثم نسيته، قيل لم يضمن النقصان، لأنه محرم والمضمون الزيادات المحترمة، وربما احتمل هنا الغرم لأن الواجب على الغاصب قيمتها كذلك، ولهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته) انتهى.

(١) الوسائل: ج٦ ص٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

لكن الظاهر أن احتماله لا وجه له فيما إذا كانت الصنعة محرمة كما هو المفروض، لا إذا ما فرض أن الغناء إنما كانت للأعراس، وقلنا بجواز ذلك حيث لم تكن الصنعة محرمة، وإنما نقول بعدم وجه للاحتمال المذكور، لأن المحرم يجب إزالته، فكيف يجوز زيادة القيمة بسببه، مثلاً لو كانت الجارية مغنية وتغني محرماً، وكان بالإمكان إنساؤها الغناء وجب إنساؤها، كما يجب إزالة الصنعة المحرمة.

ولذا ورد أن «ثمن الجارية المغنية سحت»[1]، فعن محمد بن عثمان العمري، عن صاحب الزمان (عليه السلام): أما ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك من أمر المنكرين لي» إلى أن قال: «وأما ما وصلتنا به فلا قبول عندنا إلاّ لما طاب وطهر، وثمن المغنية حرام»[2].

وعن إبراهيم بن أبي البلاد، قال: قلت لأبي الحسن الأول (عليه السلام): جعلت فداك، إن رجلاً من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن أربعة عشر ألف دينار وقد جعل لك ثلثها، فقال: «لا حاجة لي فيها، إن ثمن الكلب والمغنية سحت»[3].

وفي رواية أخرى، عنه قال: أوصى إسحاق بن عمرو بجوار له مغنيات أن تبيعهن وتحمل ثمنهن إلى أبي الحسن (عليه السلام)، قال إبراهيم: فبعت الجواري بثلاثمائة ألف درهم وحملت الثمن إليه، فقلت له: إن مولى لك يقال له إسحاق بن عمرو، أوصى عند وفاته ببيع جوار له مغنيات وحمل الثمن إليك، وقد

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٦٢ الباب ١ من أبواب ما يكتسب به ح٢ و٥ و٧.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٢ ص٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح٤.

بعتهن، وهذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم، فقال لي: «لا حاجة لي فيه، إن هذا سحت وتعليمهن كفر، والاستماع منهن نفاق، وثمنهن سحت»[1].

وفي رواية الحسن بن علي الوشا، قال: سئل أبو الحسن الرضا (عليه السلام) عن شراء المغنية، قال: «قد تكون للرجل الجارية تلهيه، وما ثمنها إلاّ ثمن كلب، وثمن الكلب سحت، والسحت في النار»[2].

وعن الطاطري، عن أبيه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله رجل عن بيع الجواري المغنيات، فقال: «شراؤهن وبيعهن حرام، وتعليمهن كفر، واستماعهن نفاق»[3].

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر على المسالك، حيث أيد الجواهر احتماله المزبور قائلاً: (قلت: ينبغي الجزم بالاحتمال المزبور، ولا ينافي ذلك ما سمعته من عبارة القواعد من تقييد المنافع المضمونة بالمباحة، لأن الظاهر إرادة إخراج المنافع المحرمة كالغناء واللعب بآلات اللهو ونحو ذلك مما هو غير زيادة القيمة بتعلم العلوم التي استعمالها محرم كالسحر والموسيقى وغيرهما مما يزيد في القيمة معرفته، وإن لم يستعمله ولو لأنه قد يحتاج على وجه لا حرمة فيه كما هو واضح)[4]، إذ لا وضوح فيما ذكره، فإن الاحتياج أحياناً قد عرفت الإشكال فيه وأنه خروج عن الموضوع، كما أن مقتضى النهي ووجوب إزالة المحرم أنه لا تزداد قيمته بذلك.

وعليه فإذا اغتصب جارية مغنية ثم أماتها مثلاً، أو ماتت عنده، لم

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٨٩ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح٦.

(٣) الوسائل: ج١٢ ص٨٩ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح٧.

(٤) جواهر الكلام: ج٣٧ ص١٧٤.

يضمن إلاّ القيمة بدون معرفتها الغناء.

ومنه يعلم وجه النظر فيما تقدم عن المسالك بقوله: (ولهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته)، إذ لا دليل عليه، فمن أين ذلك حتى يجعل سنداً للاحتمال المزبور.

نعم لو غصب كلباً معلماً، أو حيواناً معلماً قيمته ارتفعت بسبب التعلم، كان اللازم عليه القيمة المرتفعة في الحيوان غير الكلب، بل لا يبعد أن يكون كذلك في الكلب إذا قلنا بأن قيمة الكلب أيضاً هي العرفية، كما لم نستبعده في كتاب الديات، فراجع.

وعليه فلو غصب حيواناً كالقرد مثلاً، ثم علّمه الغاصب شيئاً بما زادت قيمته، فعلى ما ذكرناه سابقاً يكون شريكاً مع المالك فيما سعى، خلافاً للمشهور كما تقدم كلامهم وإشكالنا عليه.

ولو أجبر الغاصب الإنسان الذي غصبه على أن يعلم ولده مثلاً شيئاً، فالظاهر أن الواجب على الغاصب رده بالإضافة إلى رد الأجرة، سواء كان ذلك الإنسان المغصوب عبداً أو حراً، لأن أجرة الحر أيضاً مردودة إذا استفادها الغاصب كما تقدم.

(مسألة ٣٠): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة، كالسمن المفرط في الحيوان الذي لا يراد فيه ذلك إذا زال والقيمة على حالها أو زائدة بلا خلاف ولا إشكال، إذ المعتبر من هذه الصفات ما له أثر في القيمة دون غيره، من غير فرق بين الموجود حال الغصب والمتجدد، بل قد عرفت أن المدار على قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، مضافاً إلى قاعدة اليد) انتهى.

لكن فيه: إنه إذا كان صاحب الحيوان يريد اللحم ولا يريد القيمة، مثلاً لحمه مائة منّ وهو محتاج إلى مائة منّ لضيوفه، أما إذا أعطاه القيمة واشترى به الحيوان من السوق كان اللحم خمسين مناً، فإنه لا وجه للقول بعدم الضمان، وأنه يصح له إعطاؤه القيمة، بل اللازم أن يعطيه ما غصب منه.

وقد تقدم أن الحيوان مثلي، بل وحتى إذا لم نقل أن الحيوان مثلي، إذ العرف يرون أنه لم يرد عليه ما اغتصب منه في مثل المقام، وكذلك إذا اغتصبه منه ولا قيمة له لكن المالك محتاج إليه، مثلاً في منى في أيامنا هذا حيث لا قيمة للذبائح إطلاقاً، إذا ذبح الذبيحة واحتاج إلى لحمه لضيافة ونحوها، فغصبها منه غاصب.

لا يقال: إنه لا يجب عليه شيء، لأن الذبيحة لا قيمة لها، فإنه خلاف «الغصب مردود» و«فوقها»[1] وما أشبه، ومثل صحيحة أبي ولاد ونحوها لا تقف دون «الغصب كله مردود» والعرفية وغيرهما.

ثم لو زاد في مكان من الحيوان ونقص في مكان، أو مرض مكان منه وأبل مكان آخر مريض منه، وكانت الزيادة والإبلال بفعل الغاصب مما له ثمر عمله،

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

فالظاهر تدارك الزائد للناقص، لفرض أن القيمة لم تنقص إذا كانا متساويين، فيشمله «الغصب كله مردود»[1]، ولمفهوم «فوتها المغتصب أعطى العوض»[2]، حيث لم يفوت المغتصب شيئاً بنظر العرف، بل هذا أولى من الأرش الذي هو أمر خارجي.

بل لا يبعد أن يكون كذلك فيما إذا اغتصب قطيعاً يسوى ألفاً، ثم إن بعض أفراد القطيع هزلت وبعض أفرادها سمنت، حيث إن القطيع يسوى ألفاً أيضاً فرد القطيع، وكان السمن أيضاً بفعل الغاصب، لأنه إذا كان بفعل الله سبحانه وتعالى، فقد تقدم أنه لا شأن للغاصب فيه، أما إذا كان للغاصب فله سعيه.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٢٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

(مسألة ٣١): قال في الشرائع: (لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه، وما يتجدد من منافعه وما يزداد من قيمته للزيادة صفة فيه، فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثلياً) انتهى.

وقال في المسالك: (لا إشكال في عدم ملك المشتري بشراء فاسد، لأن نقل الملك من مالك إلى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع وحدود حدها، فما لم يحصل فالملك باق على أصله، وتسميته على تقدير فساد الشراء مشترياً مجاز بحسب الصورة، وإلاّ فالبيع حقيقة لا يطلق إلاّ على الصحيح.

وأما كونه مضموناً عليه، فلأنه قبضه ليكون مضموناً عليه كذلك، ولعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، وللقاعدة المشهورة أن ما كان مضموناً بصحيحه يضمن بفاسده، والبيع لو صح انتقل ضمان البيع إلى المشتري، بمعنى كون تلفه من ماله فيكون في فاسده كذلك)، إلى آخر كلامه.

أقول: أما عدم ملك المشتري فواضح لما ذكره، إذ الفاسد لا يسبب الانتقال كسائر العقود، فإنها إذا كانت فاسدة لا تؤثر أثرها، وكذلك في الإيقاعات كالطلاق والعتق الفاسدين، ولذا ادعى في الجواهر أنه لا خلاف ولا إشكال فيه.

ومنه يعلم وجه الضمان لأنه مال غيره، و لم يدخل على المجانية حتى يكون مغروراً.

نعم ضمانه ما يتجدد من منافعه وزيادة الصفة فيه وضمانه بأعلى القيم، كل ذلك محل نظر، إذ المشتري بالنسبة إلى كل ذلك دخل على المجانية لا على الضمان، فهو مغرور، فإن من يشتري شاة بدينار معناه أنه دخل على أن تكون الشاة في قبال الدينار فقط، فإذا زاد سمناً أو صفةً أو ارتفعت القيمة إلى دينارين

ثم انخفضت، بل أو لم تنخفض أيضاً، كان اللازم أن يكون ضامناً بقدر دينار لا الأكثر.

ودليل «على اليد»[1] مخصص بدليل الغرور[2]، وكون البائع أيضاً جاهلاً بالفساد لا يوجب ضمان المشتري، إذ الغار قد يكون جاهلاً أيضاً، كما ذكرناه في بعض المسائل السابقة، فإذا زعم الغار أن المال مال نفسه، فقدمه إلى المغرور هدية وأتلفه المغرور، فإنه يرجع إلى الغار فيما إذا أخذ المالك من المغرور ما أتلفه، لإطلاق دليل الغرور الشامل لصورتي علمي الغار وجهله.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر، حيث علل ضمان ما يتجدد من منافعه بقوله: (لأصالة الضمان المستفاد من عموم «على اليد» وغيرها)، وعلل ضمان ما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه بقوله: (إذ هو حينئذ كالعين المغصوبة في هذه الأحكام)، وعلل الضمان بأعلى القيم (بأنه مثل المغصوب الذي عرفت حكمه، كذلك عند المصنف وغيره باعتبار أن المالك لم يأذن في قبضه إلاّ على تقدير صحة البيع، فبدونه يكون موضوعاً بيده بغير حق) انتهى.

فإن كل هذه التعليلات لا تلائم دليل الغرور، فإنه هو المحكم في المسألة، بل يمكن أن يقال في المتجدد من المنفعة وزيادة القيمة لزيادة الصفة وأعلى القيم: كلها مشمولة لما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فإن المشتري لا يضمن بهذه الأمور، وإنما يضمن بأصل العين فيما إذا كانت المعاملة صحيحة، فإذا كانت فاسدة أيضاً لم يكن ضامناً لها.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من كتاب العيوب في النكاح ح٦.

ومنه يعلم حال ما انتقل إلى البائع من الثمن، وحال الطرفين في سائر المعاملات، كالإجارة والصلح والمضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها، لأن الملاك في الكل واحد.

وقال في المسالك عند قول الشرائع بالضمان بأعلى القيم: (هذا يتم على تفسير الغصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أما لو اعتبرنا العدوان لم يتم كونه غاصباً، إلاّ بتقدير علمه بالفساد وجهل البائع، إذ مع جهلهما أو جهل المشتري فليست يده يد عدوان، والوجه حينئذ أنه يضمن القيمة يوم التلف إن لم نقل في الغاصب مطلقاً كذلك، وإلاّ كان الحكم فيه كذلك مطلقاً بطريق أولى) انتهى.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: (فيه: إنه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضاً، لما عرفت من أن الظاهر غيره).

أقول: وفيه نظر، بل مقتضى القاعدة ما ذكره المسالك، إذ على تقدير علمه بالفساد وجهل البائع يكون غاصباً أيضاً، لأنه قاهر غيره، فإن الغصب إنما هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق، فهو كما إذا قدم زيد ماله لعمرو، وعمرو يعلم أنه مال زيد، وأن زيداً مشتبه في تقديم ماله إليه، فإنه غاصب لماله.

وأما في صورة علم البائع بالفساد وجهل المشتري فأولى أن لا يضمن المشتري زيادة الصفة وزيادة القيمة، لأنه مغرور فهو يرجع إلى من غره، فلم يعلم وجه جعل الشرائع أعلى القيم على المشتري مطلقاً الشاملة لهذه الصورة أيضاً.

بل وكذلك الحال في صورة جهلهما، إذ قد سبق أن الغار لا يلزم أن يكون عالماً، بل إذا صدق الغرور في طرف صدق الغار في طرف آخر، ويكون الغار ضامناً.

وقد تقدم رواية المحقق الثاني عن النبي (صلى الله عليه وآله): «المغرور يرجع على من غرّه»[1].

وكيف كان، فقد نقل مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على إشكال) عن المقدس الأردبيلي التأمل في الضمان قائلاً: (لأن دليله القاعدة المشهورة، وهي أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس، وقال: إن ذلك غير واضح، وكذا «على اليد ما أخذت»)، ثم ردّ الأردبيلي بأن (القاعدة لا أجد فيها مخالفاً، بل يأخذونها بطرفيها في أبواب العقود اللازمة بل الجائزة مسلمة)[2] انتهى.

وهو كما ذكره المفتاح، مضافاً إلى أن الدليل على الضمان ليس خاصاً بالقاعدة و«على اليد»، بل قد تقدم جملة من الأدلة التي تدل على ذلك.

هذا بالإضافة إلى أن جعله التقابل بين قاعدة ما يضمن وقاعدة اليد غير ظاهر الوجه، بل قاعدة ما يضمن مستندة إلى قاعدة اليد، إذ معنى القاعدة إثبات الضمان في العقود الفاسدة المقرونة بالقبض والإقباض، وأن نسبة الضمان إلى العقد الفاسد باعتبار أنه إقدام من المتعاقدين على ضمان العوضين على وجه لا يعد معه التسليم والتسلم من موانع تأثير اليد، كما أشار إلى ذلك المحقق الرشتي وغيره.

وإن شئت قلت: إن قاعدة اليد[3] شاملة للمقام، ولا مخرج فتؤثر أثرها.

---

(١) المستدرك: ج١٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح٦.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٥٠.

(٣) المستدرك: ج١٢ س ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

(مسألة ٣٢): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو اشترى من غاصب و لم يجز، بناءً على جريان الفضولي فيه ضمن العين والمنافع على حسب ما عرفت، ولا يرجع على الغاصب بشيء إذا غرم منهما إن كان عالماً، ضرورة كونه كالغاصب حكماً، إذ لا غرور منه، ولكن للمالك الرجوع على أيهما شاء في المطالبة بالعين ببدلها ومنافعها وصفاتها حتى المتجددة في يد المشتري منها، لأن كلاً منها مصداق «على اليد ما أخذت» و«المغصوب مردود» وغير ذلك من الأدلة كتاباً وسنةً وإجماعاً بقسميه.

فإن رجع على الغاصب بالبدل رجع الغاصب على المشتري الذي استقر الضمان عليه بالتلف في يده لعدم الغرور، ولذلك إن رجع المالك عليه أي المشتري لم يرجع على الغاصب بشيء، لاستقرار التلف في يده الموجب للرجوع عليه، كما أوضحناه في مسألة تعاقب الأيدي) انتهى.

أقول: بعد وضوح النظر في قول الجواهر ضرورة كونه كالغاصب حكماً، إذ هو غاصب حقيقة لا حكماً، وأنه إن أجاز المالك صح البيع بأدلة الفضولية المقررة في محلها، وأن المشتري العالم له الرجوع إلى الغاصب بالثمن الذي أعطاه، فإنه لم يبح له أكله مطلقاً، فأكله له أكل للمال بالباطل، فهو مثل ما إذا قامره فقمره فأعطاه مالاً، فإن المالك لم يبح له أكل المال، ولذا كان أكلاً للمال بالباطل. وكذلك في باب الربا وغير ذلك من الأموال التي تعطى بعنوان الحرام، حيث إن الملاك في كل هذه الأبواب واحد، يعرف وجه النظر في كلام المسالك، حيث قال:

(فإن طلب البائع رجع على المشتري بما استقر تلفه تحت يده،

وبالعين إن كانت باقية، وبدلها إن كانت تالفة باستقرار التلف في يده. نعم لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه، أو نقصت في يده نقصاناً مضموناً اختص بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أو عوداً، وإن رجع على المشتري بشيء من ذلك لم يرجع على البائع باستقرار التلف، أو ما في حكمه في يده، ولا يرجع على البائع بالثمن إن كان تالفاً، لأنه قد سلطه عليه وأذن له في إتلافه، وإن كان في مقابله عوض لم يسلم له، لأنه مع علمه بأنه لم يسلم له العوض في حكم المسلط عليه مجاناً، وللإجماع على ذلك، وإن كان الثمن باقياً، ففي رجوعه عليه به قولان:

أحدهما: وهو الأشهر، بل ادعى عليه في التذكرة الإجماع: عدم الرجوع، ولأنه بإعطائه إياه عالماً بعدم عوض حقيقي في مقابلته يكون في معنى هبته إياه، إذ لا معنى لها إلاّ إعطاء العين من غير عوض، وهو متحقق هنا.

وللمصنف في بعض رسائله قول بجواز رجوعه به حينئذ، وهو قوي لعدم وقوع ما يدل على التمليك، وأصالة بقائه على ملك مالكه، وتسليطه على التصرف فيه غايته أنه يمنع الرجوع بعوضه، أما مع بقائه فلا. وإن كان جاهلاً فإن كانت العين باقية في يده ردها وأخذ الثمن إن كان باقياً، وبدله إن كان تالفاً لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين) انتهى.

إذ لا وجه لعدم الرجوع إلى البائع، سواء كان الثمن تالفاً أو باقياً، بل له الرجوع على البائع بالثمن قبل رجوع المغصوب منه عليه، فإن المال الذي يعطى باطلاً لا يكون موجباً لتسليط الآخذ عليه مطلقاً، إلاّ إذا قصد المجانية

والهبة، ومن الواضح أنه لا قصد كذلك.

أما الإجماع ففيه أنه ظاهر الاستناد، فلا حجية فيه في كلتا المسألتين.

ومنه يعلم وجه النظر في دعوى الجواهر الإجماع، والظاهر أنه أخذ ما ذكره هنا من المسالك قال: (بل لا رجوع للمشتري على الغاصب مع علمه حتى بالثمن مع تلفه إجماعاً عقوبة له) انتهى.

فإنه أي دليل على هذه العقوبة بعد كون مقتضى القاعدة الرجوع قبل التلف وبعده، بل قبل رجوع الغاصب عليه أيضاً كما عرفت، فإذا اشترى شيئاً مغصوباً مع علمه بأنه غصب، أو علم بعد ذلك أنه غصب، والعين في يده كان له الحق في رجوعه إلى البائع في الثمن، ولا حق للبائع في استرجاع العين المغصوبة، إذ المشتري بوضع يده على العين المغصوبة صار مكلفاً بإرجاعها إلى مالكها.

كما يعلم وجه النظر في تقييد الشرائع بقوله: (وإن كان المشتري جاهلاً بالغصب رجع على البائع بما دفع من الثمن)، وتعليل الجواهر له بقوله: (لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين) انتهى.

إذ فيه ما عرفت من أنه لا فرق بين جهل المشتري وعلمه، في أن له الحق في استرجاع ما أعطاه للبائع، سواء رجع عليه المغصوب منه أو لا، لأن الثمن ثمنه، ولم يسلط البائع عليه مجاناً، وأكل البائع إياه من الأكل بالباطل، فعليه بدله إذا كان تالفاً، وعينه إذا كان باقياً.

ومنه يعلم أنه لا يبقى مجال لقول المسالك، وتبعه الجواهر: (بأنه إن كان عوض العين بقدر الثمن فذاك، وإن كان أزيد ففي رجوعه على الغاصب

بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً، ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابلة الثمن، وهو يقتضي كون الزائد عليه في معنى التبرع به، فإعطاؤه إياه بغير عوض، فإذا أخذ منه عوضه رجع به، وهذا قوي) انتهى.

إذ البيع لم يؤثر شيئاً، بل بقيت العين على ملك المغصوب منه، والثمن على ملك المشتري.

نعم في صورة جهل المشتري تدخل قاعدة الغرور في المسألة، فلا فرق في حق المغصوب منه في عينه أو بدلها، والمشتري في ثمنه أو بدله، بين ارتفاع القيمة وانخفاضها، وبين حصول الزيادة المتصلة أو المنفصلة وعدمه.

نعم إذا زادت العين بسبب عمل المشتري، أو زاد الثمن بسبب عمل البائع، كانت الزيادة مشتركة، لأن لكل إنسان سعيه ونتيجة ماله، فإذا كانت العين المغصوبة شاة وسمنت بفعل المشتري كانت الزيادة له، وكذلك إذا ولدت، وإذا رأى العرف أنهما متشاركان في هذه الزيادة، أي صاحب الشاة والمشتري، قسمت الزيادة بينهما على حسب مال هذا وسعي هذا، فإن المال أيضاً كما قرر في محله عمل متراكم، فكان العمل من صاحب الشاة بشاته، ومن المشتري بعمله وسعيه، وقد تقدمت هذه المسألة في بعض المباحث السابقة.

ولو أتلف المشتري الزيادة كان له الرجوع إلى البائع بما أخذ منه المغصوب منه، لأنه مغرور، و«المغرور يرجع إلى من غرّ».

ومنه يعرف العكس، وهو ما إذا كان المشتري عالماً والبائع جاهلاً،

وقد زاد الثمن زيادة متصلة أو منفصلة، وأتلفها البائع، فإنه لا حق للمشتري في الرجوع على البائع بتلك الزيادة، لأن البائع مغرور وقد غره المشتري، بل وكذلك صورة جهلهما معاً، حيث تقدم أن الغار لا يختص بالعالم، فقاعدة «المغرور يرجع على من غره» تشمل البائع الجاهل بالنسبة إلى الزيادة التي أتلفها، وإن كان المشتري أيضاً جاهلاً.

ولو كان الغار ثالثاً رجع المغرور إلى الثالث فيما رجع إليه.

ثم إن الجواهر قال عند قول الشرائع: (وإن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب لاستقرار التلف في يده) انتهى: (نعم لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه، أو نقصت في يده نقصاناً مضموناً اختص بضمانه، من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أوعوداً) انتهى.

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعدة، إلاّ في إطلاق قوله: (أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه)، إذ مطلقاً ليس ذلك مما يكون ضامناً، فقد تقدم لزوم صدق «على اليد»[1] و«الغصب مردود»[2] وما أشبه، فإذا لم يصدق لم يضمن، كما إذا لم تكن للدار أجرة بسبب الكساد مثلاً، وكان بإمكانه الاستيفاء ولم يستوف فإنه لا وجه لضمانه، نعم إذا استوفى كان ضامناً، ولعل الجواهر نظر إلى صورة صدق الحق والمال والغصب وما أشبه على المنافع المهدورة.

ثم إن الشرائع قال: (وللمالك

(١) المستدرك: ج١٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الصلح ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من الأنفال ح٣.

مطالبته بالدرك إما مثلاً أو قيمةً، ولا يرجع بذلك على الغاصب لأنه قبض ذلك مضموناً، ولو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري).

وعلق عليه الجواهر بقوله: (الذي هو غير مغرور بالنسبة إلى ذلك، ويده يد ضمان للشيء مثلاً أو قيمةً لو فسد البيع بفساد صيغة ونحوها، كما لا إشكال في عدم رجوعه به، وهذا معنى إقدامه على كون العين مضمونة عليه لا ما ذكره) انتهى.

ويرد عليه أن المشتري لو كان جاهلاً صدق عليه الغرور، فلا شيء عليه إلاّ بقدر ما أقدم من الثمن، سواء كان البائع عالماً أو جاهلاً، لما سبق من أن المغرور لا يلزم أن كون غاره عالماً، بل وإن كان جاهلاً، كما إذا قدّم زيد طعام عمرو إلى بكر وهو يزعم أن الطعام لنفسه، فإنه إذا رجع عمرو على بكر بقيمة الطعام كان له الحق في الرجوع إلى زيد بسبب ما غره.

ولذا قال في محكي الروضة: إن ضمانه للمثل والقيمة أمر زائد على فوات العين الذي قد قدم على ضمانه، وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به، وقد حصل في مقابلته نفع، بل أولى من هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع، أما لو تجدد بعده فحكمها حكم الثمرة، فيرجع بها أيضاً كغيرها مما حصل له نفع في مقابله على الأقوى لغروره، ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع حيث تقدم عنه قول: (لأنه قبض ذلك مضموناً)، إذ لم يقبض المشتري الزائد مضموناً، وإنما قبض بقدر الثمن مضموناً، والكلام في الزائد.

كما أن قول الجواهر المتقدم الذي هو غير مغرور أيضاً

غير ظاهر، حيث إنه مغرور كما عرفت، ولذا كان قول الجواهر في رد الروضة بضرورة كون الإقدام المزبور إنما هو على تقدير صحة البيع لا مطلقاً، إذ هو معنى كون البيع عقد ضمان كما عرفت، غير ظاهر بعد إطلاق دليل الغرور.

والحاصل: إنه مهما تحقق الغرور لم يكن قرار الضمان على المشتري، فإن رجع على المشتري رجع هو على الغاصب، وإن رجع على الغاصب لم يكن له الرجوع على المشتري.

ولذا قال بعد ذلك الشرائع: (وما لم يغرمه المشتري من ما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة فله الرجوع به على البائع).

وعلله الجواهر بقوله: (لأنه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم، وإنما جاء الضرر من تغرير الغاصب، ولذا القول في أرش نقصانه وظاهرهم عدم الخلاف فيه، معللين له بالغرور الذي هو السبب المقتضي للضمان مقدماً على غيره مما هو أضعف منه) انتهى.

فإنه لم يظهر وجه الفرق بين المسألتين، إذ الغرور شامل لهما، والضمان إنما هو الضمان بقدر الثمن لا أزيد، ولذا الذي ذكرناه جعل الجواهر المسألتين من باب واحد، حيث أشكل في المسألة الثانية بقوله: (وهو إن تم إجماعاً فذاك، وإلاّ كان للنظر فيه مجال لا يخفى عليك وجهه بعد الإحاطة بما ذكرناه من منع مثله سبباً يقتضي الضمان على وجه يقدم على مباشرة المشتري، مضافاً إلى اقتضاء معنى كون البيع عقد ضمان على الوجه الذي ذكرناه ذلك أيضاً) انتهى.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرناه من الأحكام بين ما لو كان الغاصب مع علمه بالغصب معتقداً دخول المغصوب في ملكه بسبب الغصب، بأن يكون الغصب عنده من المملكات، كالدولة التي تأخذ الضرائب الظالمة حيث إنها تزعم أن الأموال تصبح ملكها، وبين ما لم يكن كذلك بأن كان معتقداً عدم دخول

المغصوب في ملكه بسبب الغصب، وإنما علم بأنه نوع سرقة واغتصاب من أموال الناس بالإثم.

كما أنه لا فرق بين كون بيع الغاصب لنفسه كما هو المتعارف في بيع المغصوب غالباً، أو أن يكون البيع للمالك لتوقع الإجازة، فإن كلام الأصحاب شامل لكل الصور.

خلافاً للمحقق الرشتي حيث قال: ولعل المراد في كلام الأصحاب ما لو باع لنفسه وباعتبار أنه كسائر أمواله، لا صورة البيع معترفاً بأنه مال الغير، أو البيع نيابة عن المالك، إذ لا وجه لهذا التقييد لا ملاكاً ولا استفادة من كلام الأصحاب بعد إطلاقهم.

ومن كل ما تقدم ظهرت حال الصور الأربع للمسألة، من علمهما وجهلهما، وعلم البائع دون المشتري، والعكس، كما أن ظهر أن مقتضى القاعدة الضمان إلاّ فيما أخرجه الغرور.

ولو ادعى البائع على المشتري أنه كان عالماً بالغصب فالضمان عليه، وأنكر المشتري، كان الأصل عدم ضمانه لأصالة عدم العلم، وإنما عليه الحلف فقط في صورة الدعوى.

وكذلك إذا مات المشتري كان لورثته الحلف على عدم علمهم بعلم مورثهم بذلك.

ثم إن الشرائع قال: (أما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع، كسكنى الدار وثمرة الشجر والصوف واللبن، فقد قيل يضمنه الغاصب لا غير، لأنه سبب الإتلاف، ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك، وقيل له إلزام أيهما شاء، أما الغاصب فلمكان الحيلولة، وأما المشتري فلمباشرة الإتلاف، فإن رجع على الغاصب رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده، وإن رجع على المشتري لم يرجع

على الغاصب، والأول أشبه) انتهى.

لكن مقتضى القاعدة أن للمالك الرجوع على أيهما شاء باعتبار إطلاق أدلة اليد وغيره، لكن إذا رجع على الغاصب لم يرجع على المشتري المغرور، أما إذا رجع على المشتري رجع على الغاصب الغار، وإن كان الغاصب جاهلاً أيضاً، لما ذكرناه سابقاً من أن الغرور لا يلازم العلم.

ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه (لو قلنا بجواز رجوع المالك على المشتري باعتبار حصول التلف في يده كان له الرجوع على الغاصب للغرور، فإنه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجاناً من غير دفع عوض، فهو كما لو قدم إليه طعام الغير وأكله فرجع المالك عليه، لكن لعل خلافهم هنا يؤمي إلى عدم تحقق قاعدة الغرور في المقام، وإلاّ فلا مدخلية لحصول النفع في مقابلته، إذ ليس هو بأعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدم إليه، ومع ذلك جزم بكون الضمان أو قراره على الغار) انتهى.

فإنه كما ذكره، إذ كلما حصل الغرور كان للمغرور الرجوع إلى الغار لو رجع المالك عليه من غير فرق بين الصور.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر أخيراً بقوله: (إنما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءً كالإباحة والهبة والعارية ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل) انتهى.

إذ لا دليل للفرق بعد حصول الغرور، ولا فرق في ذلك بين كل أنحاء المعاملات من صلح وإجارة وبيع ومزارعة ومساقاة ومشاركة ورهن بشرط التصرف وغيرها.

(مسألة ٣٣): قال في الشرائع: (إذا غصب حباً فزرعه، أو بيضاً فاستفرخه، قيل: الزرع والفرخ للغاصب، وقيل: للمغصوب منه وهو أشبه).

أقول: القول الأول للشيخ في المحكي من غصب الخلاف والمبسوط، وابن حمزة في الوسيلة، واستدلوا له بأن عين المغصوب قد تلف فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، بل عن الخلاف إنه قال: من يقول إن الفرخ عين البيض وإن الزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم خلافه.

وأما القول الثاني، فقد قال مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (والبذر والبيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك): (إجماعاً فيهما كما في الناصرية والسرائر، وبلا خلاف كما في الثاني أيضاً، وهو المذهب كما في الغنية، وهو المعتمد عندنا كما في التذكرة، وفتوى من سبق الشيخ كما في الدروس، وعليه الفتوى كما في التنقيح، وعليه الأكثر كما في جامع القاصد، وهو خيرة الخلاف في باب الدعوى، والمبسوط في باب العارية، وغصب السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة، وهو المحكي عن أبي علي، قال: ولا ترجيح في الكفاية) انتهى.

واستدل له في الجواهر تبعاً لغيره، كما تبعه غيره، (باستصحاب الملك لهما وإن تغيرت الصورة التي ليست عنوان الملكية، ولذا لا إشكال في بقائهما على الملك لو فرض استحالتهما إلى ذلك من دون غصب، ضرورة كون الاستحالة بالنسبة إلى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه، بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلاً عن الملك بقطع الغاصب له قطعاً متعددة، حتى قيل إن الشيخ نفسه من المصرحين بذلك مع أنه أولى بصدق اسم التلف عليه) انتهى.

لكن قد عرفت في بعض المسائل السابقة أن مقتضى القاعدة اشتراك الغاصب مع المالك فيما إذا زادت القيمة، لأن الشيء من سعي هذا وأصل ذاك، فلا وجه لاستبداد أحدهما به، وقد تقدمت هناك بعض الروايات الدالة على ذلك فلا داعي إلى تكرارها.

نعم لو لم ترتفع القيمة كان مقتضى القاعدة أن الكل للمالك، فهو كما إذا غسل الثوب الغاصب بما لم يسبب ارتفاع قيمة الثوب، وقد ذكرنا مثل ذلك أيضاً في مثل النطفة إذا غصبها الغاصب مجففة أو طرية وجعلها في رحم حيوانه، أو كان الحيوان للمالك وأحبله الغاصب، وكذلك في الطين إذا صنعه فخاراً أو آجراً، أو بنى بآلات المغصوب منه داراً في أرضه أو أرض الغاصب، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فإن في الكل الزيادة للغاصب إذا زاد، لأنه سعيه، والنقيصة عليه، وعدم الزيادة وعدم النقيصة يستوجب الرد على المالك.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لقول مفتاح الكرامة، وإن كان المشهور بينهم ذلك على ما تقدم، وأنه لا يصح الاستشهاد لكلام الشيخ بأن نماء نطفة الفحل إذا غصبه وأنزاه على شاته وفرسه للمالك لأن النطفة لا قيمة لها، إذ قد عرفت أن النطفة لها قيمة عرفية، وأن مقتضى القاعدة الاشتراك كل بقدر حقه عرفاً، إلاّ أن يكون دليل على خلاف ذلك.

نعم إذا غصب حباً أو بيضاً فزرع أو استفرخ بدون مدخلية الغاصب في ذلك لم يكن له شيء، كما أن المالك إذا زرعه أو استفرخه كان الكل له.

ثم قال الشرائع: (ولو غصب عصيراً فصار خمراً ثم صار خلاً كان للمالك، ولو نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ضمن الأرش)، وبذلك صرح غير واحد.

بل في مفتاح الكرامة: صرح الأصحاب به كالشيخ وابن إدريس ومن تأخر عنهما.

وهو مقتضى القاعدة لما ذكرناه في بعض المسائل السابقة من أن العصير الذي يصير خمراً ثم يرجع خلاً وكذلك غير العصير، هذه الخمر لا تخرج عن ملك المالك بسبب الانقلاب إلى الخمر، إذ الأدلة لا تشمل مثل ذلك، وإن كان المشهور يقولون به.

وعليه فالملك للمالك من الأول إلى الأخير، لا أنه يخرج عن ملكه ثم يدخل في ملكه، حتى يقال إنه إذا خرج عن ملكه فلا دليل على عوده إلى ملكه.

وعليه فلا فرق بين أن يدفع الغاصب بدله إلى المالك في حال خمريته، وعدم دفع بدله إذا كان دفع البدل على وجه الحيلولة.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر إشكالاً على المشهور الذين أفتوا ببقائه على ملك المالك: (قلت: إن تم الإجماع في ذلك كله، وإلاّ فلا يخلو من إشكال، ضرورة أنه بصيرورته خمراً خرج عن ملك المالك وصار في ذمة الغاصب المثل، لأنه تلف أو بمترلته، فإذا صار خلاً لا دليل على عوده إلى ملك المالك، بل يمكن أن يكون من المباح يملكه من يسبق إليه، أو يكون هو في يده أولى به، وعلى كل حال فلا دليل على عوده إلى ملك المالك) انتهى.

وفي كلام القواعد حيث قال: (ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل، وفي وجوب الدفع إشكال، فإن أوجبناه فصار خلاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل إشكال، فإن صار خلاً في يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل، ولو غصب خمراً فتخللت في يده حكم بها للغاصب، ويحتمل للمالك) انتهى.

قال في مفتاح الكرامة عند قوله: وفي وجوب الدفع إشكال: (في الدروس إن وجوب دفع الخمر أيضاً أقرب، وفي المسالك إنه أقوى، وفي جامع المقاصد إن فيه قوة لبقاء الأولوية لإمكان إرادة التخليل، ومن ثم عاد ملكه إليها قبل دفع البدل، وذلك إن لم يعلم من حاله أنه يتخذها للشرب، لزوال حقه حينئذ ومعاونته على الإثم، ووجه العدم أنه خرج عن الملك، فإن المسلم لا يملك الخمر، ومن ثم وجب البدل تاماً، وهو أقوى، ولا ترجيح في الإيضاح، وفي التذكرة يجوز أن يأخذها المالك ليمسكها حتى تتخلل) انتهى.

فإن مقتضى القاعدة هو ما ذكره الشهيدان والمحقق الثاني، حيث إن هذه خمر محترمة، أما إرادة المالك أخذها للشرب حراماً فذلك مسألة أخرى، حيث يجب الحيلولة بينه وبين العمل المحرم، كما في كل عمل من هذا القبيل، فإذا أراد أن يسترجع سكينه ليقتل به إنساناً، أو يسترجع غلامه ليفعل به حراماً أو ما أشبه لم يجز إعطاؤه له لا من باب أنه ليس ملكاً له، وإنما من باب الحيلولة دون وقوع المنكر.

وكذلك الحال فيما إذا غصب منه خمراً قابلة للخل، فإن هذه خمر محترمة وجب عليه رده إليه، فلا فرق بين أن يغصب منه خلاً ثم يتخمر، أو يغصب منه خمراً قابلة للخل.

ومنه يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامة حيث قال: (فإن ما نحن فيه يخالف ما إذا غصبه خمراً غير محترمة فتخللت في يده، فإنه لا يجب عليه رد الخل، لأن العصير كان مملوكاً لمن هو في يده، وإنما طرأ عليه مانع الملك فيزول بزواله، بخلاف الخمر فإنها لم تكن مملوكة له بوجه وانتزاعه من يده غير مضمون، بل ولا يسمى غصباً، وتخللها أحدث ملكاً جديداً لمن هي في يده

إن نوى بإبقائها في يده التخليل) انتهى.

إذ لا وجه للقول بزوال احترام الخمر القابلة للتخليل.

كما يعلم وجه احتمال القواعد في قوله المتقدم: (ولو غصب خمراً فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك)، ولعله مراد الإيضاح حيث وجه احتمال المالك بقوله بثبوت الأولوية للمالك باليد بالتخليل.

إذ قد عرفت أنه لا وجه للخروج عن الملك حتى يقال ببقاء الأولوية. نعم على مذاقهم حيث ليس بملك تبقى الأولوية.

والظاهر أنه لا مدخلية للنية، أي نية المالك إبقاءها في يده للتخليل والعدم، إذ النية لا تجعل غير الملك ملكاً أو الملك غير ملك.

ومنه يعلم النظر في تعليقهم الأمر على النية، فقد قال في مفتاح الكرامة: (الأولى بالعلامة وبولده أن يختارا وجوب الرد للمالك لمكان سلطانه الثابت عليها، لكونها مستحقة لمن كانت في يده بهذه النية، وقد نفى فيها الخلاف عن وجوب الرد للمالك في الخلاف وهو كالإجماع، أو أبلغ لأن مراده نفيه بين المسلمين، وقال في التذكرة: إنه مذهبنا، وهو خيرة المبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك)، إلى آخر كلامه.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أنه لو غصب بذراً فزرعه في أرض إنسان آخر وسقاه إنسان آخر، كان الحاصل مشتركاً بين الأربعة: المالك والغاصب والساقي وصاحب الأرض لمدخلية الكل في ذلك، وكذلك إذا غصب بيضاً فاستفرخه تحت دجاجة إنسان آخر، أو عملها فرخاً في ماكنة إنسان آخر، فإن الفرخ يكون مشتركاً بين الثلاثة كل بقدر حقه.

(مسألة ٣٤): قال في الشرائع: (لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها، فالزرع ونماؤه للزارع) انتهى.

وقال في المسالك: (إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبة أو غرس فيها غراساً، فنماؤه له تبعاً للأصول ولا يملكه المالك على أصح القولين).

وقال ابن الجنيد: (يتخير المغصوب منه بين أن يدفع إلى الغاصب نفقته عن العين التي يحدثها ويأخذها، وبين أن يتركها له.

واستند في ذلك إلى رواية رواها عن النبي (صلى الله عليه وآله): «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته، وليس له من الزرع شيء»[1].

والرواية لم تثبت صحتها، وتملك مال الغير بغير إذنه يتوقف على دليل ناقل عن حكم الأصل، وعموم «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفس منه»[2].

نعم لمالك الأرض إزالة الغرس والزرع وإن لم يبلغ أوانه ولم ينتفع به، بأن يكلفه القلع أو يقلعه بنفسه مع امتناعه، لقوله (صلى الله عليه وآله): «ليس لعرق ظالم حق»[3])، إلى آخر كلامه.

أقول: مقتضى القاعدة مع الغض عن قول الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، بل في التنقيح إن عليه عقد الإجماع اليوم، قلت: واليوم بل وقبل اليومين، إذ لم نجد مخالفاً في ذلك منا) إلخ.

أنه حيث إن الغرس يشترك فيها الاثنان صاحب الأرض وصاحب البذر

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح١.

(٢) الوسائل: ج١٩ ص٣ الباب ٣ من أبواب القصاص ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١١ الباب ٣ من أبواب الغصب ح٢.

الغاصب الزارع يكون ملكاً لهما لا لأحدهما، كل بقدر حقه العرفي، كما أن هناك إذا كان ثالث سقى كان شريكاً أيضاً، وكذلك إذا كان رابع، بأن كان من أحدهم البذر، ومن الآخر الأرض، ومن ثالث السقي، ومن رابع العمل، كما ذكروا في كتاب المزارعة والمساقاة.

وعليه فمالك الأرض مخير بين أحد أمرين:

الأول: أن يقول: الشجر والغرس لك وأعطني كرائي.

والثاني: أن يقول: الشجر لي وأعطيك قدر حقك، وهو مع كونه مقتضى القاعدة لأنه العرفي في أمثال المقام، ورد عليه روايتان، الجمع بينهما يقتضي ذلك.

ففي خبر عقبة بن خالد، سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه، حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعليّ ما أنفقت، أله ذلك أم لا، فقال (عليه السلام): «للزارع زرعه ولصاحب الأرض كراء أرضه»[1].

قال في الجواهر: (ونحوه موثق سماعة، بل وموثق آخر).

والرواية الثانية: هي الموثق في رجل اكترى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال (عليه السلام): «عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ويعطيها الغارس، وإن كان استأمره فعليه الكراء وله الغرس والزرع يقلعه، ويذهب به حيث شاء»[2].

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٠ الباب ٢ من كتاب الغصب ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح٢.

ومنه يعلم أن رد الجواهر لهذا الخبر بقوله: (إنه خبر متحد قد أعرض عنه الأصحاب، فلا يصلح الخروج به عن العمومات فضلاً عن الأدلة السابقة)، غير ظاهر الوجه، خصوصاً والإجماع إن كان فهو ظاهر الاستناد لا محتمله، كما يظهر من كلماتهم في الاستناد إلى ما ذكروه.

بل وقد صرح الجواهر بهذا الاستناد حيث قال بعد خبر عقبة: (هو على وفق أصول المذهب وقواعده، ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب، والأرض إنما هي من المعدات كالماء والهواءِ ونحوهما) انتهى، إذ لم يعلم وجه هذه الضرورة، مع أن العرف يرون أن الغرس حيث إنه نتيجة الأرض والبذر ملك لهما.

وقوله: (الأرض إنما هي من المعدات كالماء والهواء) غير ظاهر الوجه، فإنه عرفاً فرق بين الهواء والماء، فالهواء معد، أما الماء والأرض فهما يصبحان جزءاً من الشجر والغرس، إذ الشجر والغرس لا يأتي اعتباطاً، وإنما من الماء والأرض والبذر.

وقد تقدم في كلام المسالك أن النماء للغاصب إنما هو أصح القولين مما يظهر منه أنه لا إجماع في المسألة، فالتمسك بالإجماع كبرىً وصغرىً في قبال العرف وفي قبال الرواية المقتضية للجمع الذي ذكرناه غير ظاهر الوجه.

كما أنه يؤيد ما ذكرناه: الرواية التي رواها ابن الجنيد عن النبي (صلى الله عليه وآله)، و لم يعلم أنه من طرق العامة، ولذا تقدم في المسالك أنه لم تثبت صحتها، حيث إن السند غير ظاهر، بضميمة أنا نعلم أن هناك كانت روايات بأيدي أولئك لم تصل إلينا، كما أن هناك رواية تأتي في بعض المباحث الآتية.

ويؤيد ما ذكرناه روايتان ذكرناهما سابقاً عن هارون بن حمزة، قال: سألت

أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجذوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال (عليه السلام): «له الحمل يصنع به ما شاء إلاّ أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه»[١].

وفي رواية أخرى له، عن الصادق (عليه السلام)، الرجل يشتري النخل ليقطعه للجذوع فيدعه فيحمل النخل، قال: «هو له إلاّ أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه»[٢].

وشرط السقي إنما هو لأنه إذا لم يسق لم يكن نمو من الأرض وماء المالك، بل الكامن في ذات الشجر ظهر، أما إذا سقى فإنه يكون النمو من الأرض وماء المالك، ولذا فهما شريكان.

وبذلك يظهر أنه لا يمكن إسقاط قول أبي علي من أن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع ويملك الزرع على إطلاقه، وإنما يلزم تقييده بما ذكرناه من التخيير، بل في مفتاح الكرامة:

(قوى جماعة في مسألة الصبغ قول أبي علي كالمصنف في المختلف والفاضل المقداد والأستاذ وابن أخته، ونحن أيدناه. ولكن هنا في المختلف خالف أبا علي، واستدل على خلافه بأنه عين ماله فلا ينتقل عنه إلاّ برضاه... ولعل فرقه بين المقامين أن الصبغ إمّا أن لا يمكن التخلص منه إلاّ بذلك، حيث لا يمكن فصل الصبغ أو لا يحصل منه شيء، وإمّا أن يحصل التخلص بدون ذلك... والزرع والشجر ليس كذلك، فتأمّل. فكأن ذلك كله لا يعارض أدلة الأصحاب)[٣]، انتهى.

بل في الجواهر: (تعجب الفاضل في المختلف من مخالفة الشيخ لابن الجنيد في الصبغ، مع قوله في المستعير للغرس بوجوب الإجابة عليه لو بذل صاحب

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧ الباب ٩ من بيع الثمار ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٧ الباب ٩ من بيع الثمار ح٢.

(٣) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٣٦٨ ط الحديثة.

الأرض قيمة الغرس) انتهى.

وكيف كان، فمقتضى القاعدة ما عرفت من الجمع بين الأدلة مما لم يظهر الإجماع على خلافه، ولا دليل معتد به على الخلاف، هذا مقتضى الصناعة وإن كانت مخالفة الأصحاب محل نظر، فتأمل.

ثم قال الشرائع: (وعليه أجرة الأرض، وإزالة زرعه وغرسه، وطم الحفر وأرش الأرض إن نقصت).

وفي القواعد: (وعليه أجرة الأرض وطم الحفر والأرش).

وعلق عليه في مفتاح الكرامة: بأنه صرح بالأول والأخير في المبسوط والوسيلة والغنية والسرائر والنافع والتحرير والإرشاد والتبصرة والدروس وغيرها.

وفي الجواهر: إنه لا خلاف ولا إشكال في ذلك كله.

واستدل له بما رواه عبد العزيز بن محمد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها، قال: يرفع بناءه ويسلم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق»، ثم قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر»[1].

أقول: أما أجرة الأرض فواضح، لأنه استوفاها بالبناء والزرع والغرس وما أشبه، لكن ذلك إذا كان له أجرة، أما إذا غرس شجرة في بستان إنسان مثلاً مما لا أجرة له عرفاً فلا أجرة عليه، إذ الدليل هي الأدلة العامة مثل: «لا يتوى»[2]،

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٨٣ الباب ٣٣ من كتاب الإجارة ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٦ من أبواب الشهادات.

و«لا يبطل حقوق المسلمين»[1] وما أشبه مما تقدم جملة منها.

وأما الإزالة فلأن الإبقاء غصب، وقد عرفت أن «الغصب كله مردود».

ومنه يعلم وجه طم الحفر وأرش الأرض إن نقصت، لأن ذلك مقتضى الرد كما أخذ.

نعم يبقى الكلام في وجوب الإزالة، فهل هي مطلقاً سواء تضرر الغاصب أو لم يتضرر، أو خاص بصورة عدم تضرره فيما كان الغاصب جاهلاً، ظاهرهم الإطلاق، لكن لا يبعد التقييد فإن دليل «لا ضرر» محكم على الأدلة الأولية، وإذا قلنا بالتقييد كان «لا ضرر» مقيداً لخبر عبد العزيز السابق فتأمل.

وكيف كان، فقد قال الشرائع: (ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لم يجب على الغاصب إجابته، وكذا لو بذل الغاصب لم يجب على صاحب الأرض قبوله ولو هبة) انتهى.

ومثله في القواعد حيث قال: (ولو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول).

وعلق عليه مفتاح الكرامة بقوله: (بعوض أو غيره كالهبة).

أقول: وذلك لأنه مقتضى «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»، فلا حق لإنسان أن يأخذ مال إنسان آخر بعوض، كما لا حق لإنسان أن يدخل في ملك إنسان شيئاً بالهبة، لأنه عبارة عن تسلطه على غيره وهو خلاف مقتضى تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم، فلا حق لأحدهما في جبر الآخر ببيع الشجر أو بيع الأرض.

---

(١) الوسائل: ج١٤ ص٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح.

نعم قد عرفت أن مقتضى القاعدة التخيير بين أن يقول المالك: الشجر لك وأعطني كرائي، أو الشجر لي وأعطيك استحقاقك، لأنه مقضى الجمع بين الدليلين، وإن كانت المسألة مشكلة وبحاجة إلى التأمل والتتبع.

ثم قال الشرائع: (ولو حفر الغاصب في الأرض بئراً كان عليه طمها، وهل له طمها مع كراهية المالك، قيل: نعم تحفظاً من درك التردي، ولو قيل للمالك منعه كان حسناً، والضمان يسقط عنه برضى المالك باستبقائها).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو حفر بئراً فله طمها): (إلاّ أن ينهاه المالك فيزول ضمان التردي، قال: كما في السرائر والتحرير والمختلف والدروس وجامع المقاصد وغيرها.

وفي المبسوط والغنية: له طمها، نهاه المالك أم لم ينهه، رضي المالك أم لم يرض.

وقال في المبسوط: لأنه حفر في ملك غيره فلا يأمن أن يقع فيها إنسان أو بهيمة فيلزمه الضمان، هذا إذا لم يبرئه المالك من ذلك، فإن برأه فقولان، والصحيح أن يبرأ.

وقال في ديات المبسوط: إنه لو حفر بئراً عدواناً في ملك غيره، ثم إن المالك رضي ببقائها بعد الحفر العدواني سقط الضمان، وبه صرح في ديات الكتاب والشرائع والتحرير والإرشاد، وهو يوافق ما هنا) إلى آخر كلام مفتاح الكرامة.

أقول: أما أصل الطم فلأنه مقتضى إرجاع المغصوب كما غصبه.

نعم يأتي هنا أيضاً ما تقدم من أنه لو تضرر الغاصب الجاهل بذلك، فدليل «لا ضرر» يمكن أن يكون محكماً على الأدلة الأولية، ويكون الغاصب شريكاً مع المغصوب منه، كما تقدم مثله في صياغة الأواني وصنع الباب من خشب

الغير، وصبغ الثوب وخياطته، وغير ذلك من الأمثلة، لأن الكل من باب واحد، والملاك في الجميع هو دليل رد الغصب وعدم الضرر، وأن للإنسان سعيه.

أما بالنسبة إلى أنه هل له طمها مع كراهية المالك، فالظاهر أن مقتضى القاعدة أن ليس له ذلك، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وما ذكر في وجه (نعم) من أنه تحفظ من درك التردي، بالإضافة إلى أنه ليس مطلقاً، فيكون الدليل أخص من المدعى، أنه لا وجه له، إذ أي فرق بين أن يطلب المالك إنساناً لحفر بئر في داره أو أرضه، وبين أن يحفر عدواناً ثم يرضى المالك بذلك، فكما لا ضمان في الأول في صورة التردي لا ضمان في الثاني.

نعم مقتضى القاعدة أنه لو احتمل احتمالاً عقلائياً بالتردي، لم يجز له حتى حفر البئر في ملك الغير مع طلب ذلك الغير الحفر، لأنه يكون سبباً عرفاً، كما إذا طلبه المالك وقال: احفر في أرضي بئراً، والأرض كانت غير مسورة وكانت معبراً للناس، مما يعلم أنه لو حفر بئراً هناك كان معرضاً لسقوط المارة، فإن طلب المالك لا يوجب براءته، حيث إنه يعد سبباً، أما إذا طلبه ليحفر بئراً في داره مع احتماله أن يسقط فيها ولده مثلاً أو بعض ضيوفه، لم يكن عليه شيء، لأنه في مثل ذلك لا يعد سبباً.

ومنه يعلم وجه النظر في القول الآخر، وفي قول الجواهر حيث قال: (الأحسن من اختيار الشرائع هو القول بأن له منعه وإن بقي الضمان عليه، لما عرفت خصوصاً بعد ما سمعت سابقاً من النظر في اعتبار العدوان في الضمان بذلك، لإطلاق الأدلة الذي لا ينافيه الضمان، خصوصاً مع ابتداء الحفر على العدوانية، كما في المقام الذي لا يدفع السببية الشرعية الرضى المتأخر مع التصريح،

فضلا عن مجرد الكراهة للطم لا تنافي إرادة البقاء على الضمان مع ذلك. ومن هنا لا وجه للقول بأن حصول الضمان لتعديه بالحفر والإبراء لا يزيله، لأن الماضي لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها، ولأن الضمان ليس هنا للمالك فلا يصح الإبراء منه، ولأنه إبراء مما لا يجب فلا يصح) انتهى.

إذ بعد تسليم الأمر إلى المالك لا يكون الحافر ضامناً، كما في الحفر الابتدائي برضى المالك، فلا مجال للاستصحاب.

وبذلك يظهر أن الماضي يتغير برضى المالك، وكون الضمان ليس للمالك مدفوع بأنه سبب بعد رضاه، فلا يكون الحافر سبباً، وليس المقام من إبراء ما لا يجب حتى يمنع.

ولذا قال في المسالك: (والأقوى ما اختاره المصنف من عدم جواز طمها مع نهي المالك، بل ولا يجوز بدون إذنه لأنه تصرف في مال الغير عدواناً، ودرك التردي يزول بنهي المالك له عن طمها لسقوط العدوان بذلك، وحينئذ فيستأذن المالك في الطم، فإن إذن له فعل وزال الدرك، وإن نهاه زال المانع) انتهى.

ثم إنه إن تعذر استيذان المالك لغيبة ونحوها، فاللازم الرجوع إلى الحاكم الشرعي لأنه ولي الغائب، أما أن يتصرف في الأرض بالطم بنفسه فذلك غير جائز.

ومنه يعلم أن قول المسالك: (ولو تعذر استيذان المالك لغيبة ونحوها جاز له طمها تحرزاً من الدرك المذكور) محل نظر، إلاّ إذا لم يمكن الوصول إلى الحاكم ووكيله وعدول المؤمنين، فإنه يجوز له ذلك من باب الحسبة ونحوها،

ثم الظاهر أنه ليس للمالك سلطنة على إجبار الغاصب بإعطائه أجرة الطم لو كان له أجرة، لأن الواجب على الغاصب إعادة المغصوب ورده، لا أجرة الرد، كما ذكر ذلك المحقق الرشتي.

كما أن الظاهر أنه ليس للمغصوب منه إجبار الغاصب، بأن يكون الذي يطم زيداً لا عمراً وهو بنفسه لا غيره، إذ الواجب هو الرد الصادق على كليهما، فلا حقّ له في الاختيار.

ولو لم يستعد الغاصب على الطم، كان للمالك أن يطم بنفسه أو بأجير بعد الرجوع إلى الحاكم في أخذ الأجرة من الغاصب، لأن الحاكم ولي الممتنع لا المغصوب منه.

نعم إذا لم يمكن الحاكم ونحوه، كان له أن يطم وله الأجرة من باب التقاص ونحوه.

(مسألة ٣٥): قال في الشرائع: (إذا حصلت دابة في دار لا تخرج إلاّ بهدم، فإن كان حصولها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم والإخراج، ولا ضمان على صاحب الدابة، وإن كان من صاحب الدابة ضمن الهدم، وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم، لأنه لمصلحته) انتهى.

أقول: صور المسألة خمس، لأنه إما أن يكون بسبب صاحب الدار، سواء أدخلها بنفسه أو بتفريطه، وإما أن يكون بسبب صاحب الدابة، وإما أن يكون بدون تفريط وسببية من أحدهما، وإما أن يكون بسببهما، وإما أن يكون بسبب إنسان آخر.

وفي كل الصور إذا رضيا ببقاء الدابة في الدار، فلا كلام، أما إذا لم يرضيا فنذكره في مسائل:

الأولى: أن يكون المدخل صاحب البيت، والظاهر أن عليه الإخراج وإن تضرر بهدم الحائط أو نقض الباب.

وفي مفتاح الكرامة: وجهه ظاهر كما في مجمع البرهان.

وفي المسالك: إنه لا إشكال فيه.

وقد نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد.

من غير فرق بين أن يكون قيمة الحيوان أقل من قيمة نقض الباب أو أكثر أو مساوياً، لكن ينبغي أن يقال: إن دليل «لا ضرر» إذا كان الضرر غير متعارف محكم على دليل رد ملك الغير إليه، حيث إن الرد مقتضى سلطنة الناس على أموالهم، مثلاً إذا كانت قيمة النقض مائة وقيمة الدابة عشرة، لا يمكن أن يقال بوجوب النقض برد الدابة، بل اللازم حينئذ إما قبول صاحب الدابة من بيعها

لمالك الدار، أو من ذبحها وإعطاء صاحب الدار التفاوت له.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق كلامهم، إلاّ أن يقال بانصرافه إلى ما ذكرناه.

نعم صاحب الجواهر صرح بالإطلاق، حيث علق على قول الشرائع المتقدم: لعدم العدوان منه، وخصوصاً إذا كان غصباً من صاحب الدار للدابة مثلاً، لما عرفت من وجوب رد المغصوب إلى مالكه، وإن ترتب عليه ضرر أضعاف المغصوب.

الثانية: أن يكون المدخل صاحب الدابة، وفي هذه الصورة يلزم ملاحظة الجمع بين الحقين وأقل الضررين، وليس مجرد إعطاء صاحب الدابة ثمن الهدم كافياً في حقه في الإخراج والهدم، إذ قد يوجب الهدم والبناء صعوبة على صاحب الدار، فليس عليه أن يتحملها، فالأمر دائر هنا بين أمور، مثل هدم الحائط مع إعطاء صاحب الدابة العوض، ومثل ذبح الحيوان مع تضرر مالك الحيوان بذبحه لتفاوت قيمته مثلاً، وبين البيع للمالك، فاللازم أن يقدم أقل الأمور ضرراً وأقربها إلى الجمع بين الحقوق.

وبذلك ظهر الإشكال في إطلاق الشرائع المتقدم حيث قال: (وإن كان من صاحب الدابة ضمن الهدم). بل في الجواهر قال: (إنه بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له منا). وفي المسالك وغيرها عدم الإشكال.

ثم علق الجواهر عليه بقوله: (لكن قد يقال حينئذ بوجوب ذبح الحيوان إن كان مما يؤكل، و لم يرض المالك بالهدم، وخصوصاً إذا كانت قيمته أقل من أرش الهدم)، إلى آخر كلامه، فإنه بالإضافة إلى عدم وجه لتقييده بما يؤكل، إذ أحياناً يصح ذبح الحيوان بدون

أن يؤكل لفائدة جلده ونحوه، أنه قد عرفت أن الأمر ليس دائراً بين الأمرين مما ذكره الشرائع والجواهر، بل بين أمور.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر أخيراً: (نعم لو لم يكن الحيوان مما يذبح، أمكن القول حينئذ بذلك لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[1]).

ومن المسألتين يعرف الكلام في الثالثة: بأن يكون السبب كليهما، ويكون الحال هنا كالمال المشترك برضاهما، حيث أرادا الانفكاك، فإن سبّب الانفكاك خسارة فمقتضى القاعدة أنها موزعة عليهما، إما أن يقدم خسارة هذا على ذاك، أو ذاك على هذا في أصل الخسارة كالذبح والهدم لا في قدرها، حيث إن القدر يجب أن يكون بينهما فمقتضى القاعدة القرعة، لأنها لكل أمر مشكل.

وتأتي بقية الكلام في هذه الصورة في عنوان الشرائع إدخال دابة رأسها في قدر غيره وافتقار الإخراج إلى كسر القدر.

ومنه يعلم الكلام في الصورة الرابعة: وهو إن كان المدخل ثالثاً، فإنه من جهة الخسارة يجب تحملها عليه، لأنه مقتضى أن «الحقوق لا تبطل» و«لا يتوى» وما أشبه، حيث إن اللازم على الثالث إعادة سلطنة كل من صاحب الدار وصاحب الدابة إليه، وأما من جهة تقديم الذبح على هدم الحائط، أو تقديم الهدم على الذبح، فإن تساويا وتعارضا بأن أراد مالك الدابة الإخراج وأراد مالك الدار الذبح فالقرعة، وإن تساويا وتوافقا فهو، ولا حق للثالث بأن يقدم خلاف رأيهما، وإن لم يتساويا بأن كان مثلاً أرش هدم الدار مائة، أما

---

(1) المستدرك: ج٢ ص٤٩٩ الباب ٩ من نوادر كتاب الصلح ح١. الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٣.

أرش ذبح الحيوان عشرة، فالظاهر أن للثالث أن يمتنع عن الأكثر، سواء تعارض المالكان أو توافقا، لأصالة عدم الضرر الأكثر عليه.

أما الخامسة: وهي ما لو لم تكن بتفريط ولا تسبيب من أحدهما أو كليهما ولا من ثالث، فالظاهر لزوم تقديم أقل الضررين في صورة عدم توافقهما على أحد الأمرين، لأنه مقتضى الجمع بين الحقين.

ثم إن الضرر الأقل يقع عليهما معاً لا على أحدهما، فإذا كان ضرر ذبح الحيوان عشرة، وضرر هدم الحائط مائة، وأراد صاحب الدار ذبح الحيوان، وأراد صاحب الحيوان هدم الدار، فاللازم أن يقدم الذبح، ثم إن العشرة تقسم عليهما، لعدم وجه لتحمل أحدهما كل الضرر دون الآخر فيتساويان، ولا مجال للقرعة في المقام بين الهدم والذبح، لأن القرعة في الأمرين المتساويين، لا في أمرين أحدهما يشمله دليل لا يشمل ذلك الدليل الآخر، فإن الضرر بقدر العشرة مقطوع به ولا يشمله دليل «لا ضرر»، أما الضرر بقدر التسعين الباقي فمشمول لدليل «لا ضرر».

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الشرائع المتقدم حيث قال: (وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم، لأنه لمصلحته)، بل في المسالك نسبته إلى المشهور، بل قيل لا خلاف فيه بيننا.

لكن قال في المسالك: (ويشكل بأن التخليص والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما، بل هو الأغلب، وقد تكون مختصة لصاحب الدار بأن لا يكون لصاحب الدابة حاجة إلى إخراجها لصغرها وعدم صلاحيتها للانتفاع، وصاحب الدار يحتاج إليها في موضع الدابة عاجلاً، والفرض انتفاء التفريط، نعم لو خيف هلاك الدابة بدون الإخراج اتجه وجوبه لحرمة الروح،

ومع ذلك ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر) انتهى.

وبذلك ظهر أنه لا يصح توجيه كلام الأصحاب في الفرض، بأن صاحب الدابة مكلف بأخذها من دار الغير وتخليص ملكه منها، فكل ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبة إلى ذلك وجب جبره على صاحب الدابة، لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

إذ لا دليل موجه إلى صاحب الدابة دون صاحب الدار، فهما كالملكين المختلطين والممتزجين، حيث إن كون أحدهما أقل من الآخر لا يوجب أن يوجه التكليف إلى صاحب الأقل، بل ربما كانت الدابة تسوى أكثر من الدار، كما إذا كانت فيلاً يسوى ألفاً، بينما الدار طينية لا تسوى إلاّ مائة.

ولقد أجاد الجواهر حيث أشكل عليهم بقوله: (الذي ينبغي في هذه ونحوها، بعد ملاحظة «لا ضرر ولا ضرار» وقاعدة الجمع بين الحقين، ترجيح الأعظم ضرراً منهما على الآخر، إذا لم يكن عن تفريط كما هو المفروض، ومع فرض التساوي من كل وجه يرجع إلى القرعة، أو إلى اختيار الحاكم، وهكذا في كل حقين تزاحما ولا مرجح لأحدهما، ولو من جهة التفريط وعدمه) انتهى.

وقد تقدمت الإشارة إلى أنه يلزم أيضاً ملاحظة الصعوبة والحرج دون الضرر فقط، إذ ربما يكون هدم الدار حرجاً وضرراً، والمالك للدابة مستعد لإعطاء الضرر، لكن يبقى الحرج على صاحب الدار بهدم داره وإعادتها، مما يسبب صعوبة له.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره جماعة منهم، من أنه لو جاء السيل بنخلة زيد مثلاً فأثبتها في أرض الغير، فإن عليه تخليص ملك الغير منها،

وجبر كل ضرر يكون من ذلك عليه، وكذلك إذا جاء الهواء بحبه فزرعه في ملك الغير، وقالوا: إن مالك الحب والنخل بالإضافة إلى وجوب التخليص يجب عليه جبر كل ضرر يكون من ذلك عليه.

إذ فيه: أنه لا وجه لكلا الحكمين بعد عدم تقصير صاحب الحب والنخل، وإنما هو كما إذا جاء الهواء فخلط مال أحدهما بمال الآخر، فإذا أراد كلاهما التخليص فلا كلام، أما إذا أراد أحدهما دون الآخر كصاحب الأرض دون صاحب النخل أو بالعكس، فاللازم الرجوع إلى الحاكم الشرعي كما في المالين المشترك فيهما، والظاهر أن الضرر أيضاً يكون عليهما، سواء تضرر النخل أو تضررت الأرض.

إذ لا وجه لتوجيهه إلى أحدهما فقط، كما أنه في المال المشترك الذي اشترك بسبب الهواء، إذا كان التخليص مستلزماً للضرر يلزم أن يكون الضرر موجهاً إليهما معاً، لا إلى أحدهما، وقولهم: (فإن على صاحب النخل تخليص ملك الغير منها) مصادرة.

ويؤيد ما ذكرناه ما ورد في باب الدابة الصائلة التي سببت تلف إنسان أو حيوان، حيث لا يجعل الضمان على صاحب الدابة إذا لم يكن مقصراً، كما ذكروه في باب الديات.

ومنه يعلم حال فرع آخر ذكره التذكرة، وتبعه صاحب الجواهر وغيره، قال:

(وهكذا إذا باع داراً فيها حباب لا تخرج إلاّ بنقض الباب، فإذا نقلها كان إصلاح ذلك عليه، لأنه لتخليص ملكه)، إذ مقتضى القاعدة أنه إن أراد كلاهما فلا كلام، وإن أراد أحدهما كان اللازم مراجعة الحاكم، وإذا نقض الباب كان

الضرر على كليهما لا على أحدهما.

كما أنه إذا دار الأمر بين نقض الباب بقيمة أعلى أو كسر الحب بقيمة أقل أو بالعكس، قدم الضرر الأقل ويوزع الضرر عليهما، ولا يكون الضرر على أحدهما، وكذا الحال إذا كانت الدار والحباب لإنسان، فباع الدار لإنسان والحباب لآخر، أو أوصى مالكهما أن الدار لأحدهما والحباب للآخر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما إذا قال صاحب الحب والنخل لصاحب الدار والأرض: إما اشتر مني مالي أو أشتري منك مالك، أو قال صاحب الأرض والدار لصاحب النخل والحب ذلك، فالظاهر أن المرجع هو الحاكم الشرعي في الكسر للحب والقلع للشجر، أو إجبار أحدهما باستجابة الآخر في البيع، وذلك للتعارض بين قاعدة «لا ضرر» وقاعدة السلطنة، ولا دليل على تقديم إحداهما على الأخرى، فالإجبار على البيع خلاف قاعدة السلطنة، والإجبار على القلع وكسر الباب أو كسر الحب مثلاً خلاف قاعدة «لا ضرر»، ولا دليل على تقديم إحدى القاعدتين على الأخرى فيما إذا لم يكن تقصير وتفريط من أحدهما.

(**مسألة ٣٦**): قال الشرائع: (ولو أدخلت دابة رأسها في قدر وافتقر إخراجها إلى كسر القدر، فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن، وإن لم يكن يده عليها وكان صاحب القدر مفرطاً، مثل أن يجعل قدره في الطريق كسرت القدر عنها، ولا ضمان في الكسر).

وقال في القواعد: (ولو أدخلت دابة رأسها في قدر واحتيج إلى الكسر، فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن، وإن لم تكن يده عليها فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له، ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة لأن ذلك لمصلحته، ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة).

وقد نقل مفتاح الكرامة صورة تفريط أحدهما والحكم بضمان صاحب الدابة وعدم ضمانه عن المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، قال: وهو الذي أوجز في كلام الإرشاد والدروس، ولعله لما أراد في الشرائع المحافظة على كلام المبسوط مع اختصاره وقع في كلامه مسامحة لا تخل بالحكم، كما أنه نقل مسألة انتفاء التفريط عنهما وأنها تكسر ويضمن صاحب الدابة، لأن ذلك لمصلحته عن المبسوط وجميع من ذكر بعده عدا المسالك.

وفي الجواهر بعد نقل كلام الشرائع المتقدم قال: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرض له من الشيخ والفاضل والشهيدين والكركي.

ثم قال الشرائع: (وإن لم يكن من أحدهما تفريط، و لم يكن المالك

معها، وكانت القدر في ملك صاحبها، كسرت وضمن صاحب الدابة، لأن ذلك لمصلحته).

ونقله الجواهر عن جماعة، كما أن في المسالك أنه المشهور.

أقول: مقتضى القاعدة أنه إذا كان أحد من الدابة والإناء أكثر قيمة، بحيث كان إتلافه في مقابل إتلاف الآخر إسرافاً وغير عقلائي، كان اللازم إتلاف الأقل قيمة، وإن كان صاحب الأكثر قيمة سبباً، كدابة بمائة وقدر بعشرة أو بالعكس، بل وإن رضي صاحب الأكثر قيمة، لأنه لا حق له في الإسراف، وإن لم يكن كذلك بل كانا متساويين تقريباً مما لا يعد إسرافاً عرفاً، كان الإتلاف على أيهما كان سبباً، وإن كانا كلاهما سبباً أو كان السبب أمراً خارجاً كالسيل والهواء وما أشبه أو إنساناً لا نظفر به، كما لو فعل إنسان ذلك ثم غاب وهرب، فإن مقتضى القاعدة ما سبق من القرعة، وثم يتحمل الضرر كلاهما لا أحدهما فقط.

وبذلك ظهر وجه النظر في إطلاق الشرائع والقواعد وغيرهما.

وقول الشرائع: (لأن ذلك لمصلحته) غير ظاهر الوجه، لأنه ليس من الأدلة.

ومنه يعلم وجه النظر في المحكي عن التذكرة في صورة تفريط صاحب الدابة حيث قال: (فإن كانت غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها، ووجب كسر القدر مع ضمانه، وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح أو يكسر القدر، الأقرب ذبحها، لأنه ينتفع بلحمها فيقل الضرر على صاحبها، والنقص إن كان فمن صاحبها وقع، حيث وقع التفريط منه) انتهى.

فإن كلاً من المأكول اللحم وغير مأكول اللحم يمكن الانتفاع به.

ثم إن قوله: (بأنه ينتفع بلحمها في المأكولة اللحم) أيضاً ليس على إطلاقه، فإنه ربما تكون التفاوت بين قيمتها مذبوحة وقيمتها حية كبيراً، كما في الفرس والبقرة التي لحمها يسوى مثلاً عشرة، وحيها يسوى مائة، ومثله في الإشكال ما تقدم من قول القواعد: (أو ديناراً في محبرته وعسر إخراجه كسر عليه).

وقد نقل مفتاح الكرامة: (إن مسألة الدينار مذكورة أيضاً في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد، وقيد في الأخير بما إذا لم يكن صاحب المحبرة غاصباً للدينار، ووجه القيد واضح، لأن الغاصب يجب عليه إيصال الملك إلى مالكه وجميع المؤن عليه) انتهى.

كما أنه يظهر مما تقدم أيضاً الوجه فيما حكاه الجواهر، من (أنه لو أدخل ديناراً في محبرته وكانت قيمته أكثر منه، ولم يمكن كسرها لم تكسر المحبرة، وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه، ولو دخلت زهرة اليقطين في إناء الغير فعظمت اعتبر تفريطاً، ومع انتفائه يتلف أقلهما قيمة، ويضمن صاحب الآخر، وإن تساويا فالأقرب أن الحاكم يجبرهما، فإن تمانعا فالقرعة) انتهى.

إذ قد عرفت أن الميزان ما ذكرناه من كون اللازم إتلاف الأقل قيمة إذا كان أحدهما أقل، وإلاّ كان الإتلاف على أيهما كان سبباً، وإذا لم يكن أحدهما سبباً بأن كان كلاهما سبباً، أو السبب خارج قاهر أو إنسان هرب وغاب فالقرعة، ولا وجه لإجبار الحاكم.

وكذا يعلم وجه النظر مما ذكرناه فيما نقله مفتاح الكرامة عن المحقق الثاني قال: (ولم يستبعد في جامع المقاصد كسر الدينار، سواء زادت قيمته أو نقصت، لأنه يقبل الصلاح والإصلاح بسرعة وسهولة، إذ ليس إلاّ تجديد السكة بخلاف

المحبرة، قال: نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة اتجه كسرها وضمان الأرش) انتهى.

فإن المفروض عدم الإطلاق كذلك في الدينار أو في المحبرة، فربما يقبل هذا الإصلاح دون ذاك، وربما كان العكس، والأولى ذكر الأحكام كلية.

ولا يخفى ما في ما عن التذكرة من أنه لو فرطا معاً كسرت القدر وضمن صاحب الدابة، لأنه لمصلحته، حيث قد تقدم وجه الإشكال في الشرائع بأن المصلحة ليست من الأدلة، وأنه مع تفريطهما معاً لا أولوية لهذا عن ذاك، إلاّ إذا كان أحدهما أكثر قيمة، وإلاّ فاللازم القرعة لا التخيير للحاكم.

فقول الجواهر: (والتحقيق ما ذكرناه من كون التخيير في القطع للحاكم وأولى منه الرجوع إلى القرعة)، إن أراد الأولوية اللازمة كقوله سبحانه: ﴿أولى لك فأولى﴾[1] فلا بأس، وإلاّ فلا مجال لجعل التخيير مقدماً على القرعة.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا سبب إخراج رأس الدابة من القدر، أو الدينار من المحبرة، أو الفصيل من الدار نقصاً في قيمة أحد الجانبين، وأن النقص ربما يكون على هذا، وربما يكون على ذاك، وربما يكون على الثالث السبب، وربما يكون بين الصاحبين إذا كان التفريط من الجانبين.

وقد تبين بما تقدم وجوه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال: (وإن استلزم إتلافاً في العين أو في صفتها، فالأمر يدور حينئذ بين احتمالات:

أحدها: أن يلاحظ ضرر الطالب على تقدير عدم التخليص، وضرر المطلوب منه على تقدير التخليص بتقديم أقل الضررين، لما أشرنا في الأمر

---

(١) سورة القيامة: الآية ٣٤.

الثاني قبل هذا الالتقاط من تقديم أقل الضررين، ومع التساوي فالقرعة.

والثاني: عدم السلطنة رأساً، وإن أفضى إلى تعطيل ماله من جانب المطلوب منه لاستلزام التخليص التصرف في مال الغير المنهي عنه المنافي لقاعدة السلطنة.

والثالث: سلطنته على التخليص مع دفع القيمة أو الأرش.

والأقرب بمقتضى القاعدة على ما يقتضيه النظر هو الأخير، لأن فيه جمعاً بين الحقين، والأصل في ذلك أنه متى دار الأمر بين فوات أصل المال وبين فوات خصوصيته العينية مع محافظة ماليتها، فالثاني أولى ارتكاباً لأقل الضررين، فيتحمل الطالب للتخلص خسارة التلف المترتب عليه توصلاً إلى عين ماله، ويتحمل تجاوز المطلوب منه عن عين ماله بأخذ بدله قيمةً أو أرشاً.

هذا إذا كان الطالب أحدهما، وإن كان كل منهما مريداً لخلاص ماله فمع التشاح تتعين القرعة، فيخلص من خرجت باسمه ماله ولو بكسر الآخر، مع دفع القيمة أو الأرش، فالقرعة لتعين من يسلم عين ماله بكسر الآخر مع الأرش أو العكس، يعني من يكسر ماله ويأخذ الأرش.

وأما الكسر المجاني فلا مجال له لما عرفت، فإن إرجاع الخسارة إلى أحدهما بالكلية مع سلامة الآخر ينافي نفي الضرر، بل لابد من إرجاع الخسارة إليهما في الجملة، بأن يجوز أحدهما من عين ماله مع التوصل إلى ماليته بأخذ الأرش أو القيمة، ويخسر الآخر للأرش توصلاً إلى عين ماله.

بل قد يقال: بأنه يجب على طالب الخلاص أن يرضي المطلوب منه بما يريد من الغرامة، وإن تجاوزت القيمة أو الأرش السوقي، نظير الإجبار على البيع أو البذل في المخمصة، فإن الواجب إنما هو البيع، لا البيع بثمن

المثل، أو البذل والإنفاق لا الإنفاق بالقيمة العادلة، وهكذا يقال في المقام، بأن الواجب على المطلوب منه الإجابة في إتلاف ماله لخلاص ماله الطالب، لا الإجابة في الإتلاف بالأرش السوقي، بل له الاقتراح في تعيين غرامة ما يتلف من ماله للتخليص، لكنه ضعيف لم يقل به أحد، فافهم.

وكذا الحال في البذل الواجب، فإنه لم يتقرر من الشرع فيه أمر، بل هو كالبيع الذي لا تعيين في ثمنه شرعاً، هذا كله في صورة عدم التفريط، وأما معه فإن كان صاحب التخليص هو غير المفرط وجب على المفرط الإجابة، وليس له أجر الهدم أو الكسر، لأنه مأمور برد المغصوب إذا كان التفريط عن غصب، فعليه مؤنة الرد التي هي في المقام تحمل خسارة الهدم والكسر، ولو انجر إلى ضياع ماله بالكلية كما في وجوب رد المغصوب.

ولو كان التفريط بغير غصب، بل عن عدوان عرفي، فهو السبب أيضاً لوقوع الخسارة على نفسه دون الآخر، لأن التفريط في حفظ المال حتى يدخل في مال الغير تعريض له في معرض الضياع والتلف، فلا يكون له شيء إلاّ على نفسه، وإن كان الطالب هو المفرط فثبوت الأرش عليه واضح كما لا يخفى) انتهى ملخصاً.

إذ فيه أولاً: إنه لما ذا يخسر أحدهما فقط.

وثانياً: إنه لا وجه للقرعة مع كون كسر أحدهما أقل ضرراً.

وثالثاً: ليس تعيين الثمن بيد البائع وحسب اشتهائه، إذ لا يجوز عليه الإجحاف، فإذا كان الإنسان في المخمصة وأراد من صاحب الخبز الخبز، فقال: الخبز بألف، بينما الخبز يسوى بدرهم، فليس على المحتاج إعطاء الألف وأخذ الخبز، بل إعطاء القيمة العادلة، وقد ذكرنا في باب الإجحاف

أن جماعة من العلماء قالوا بذلك، كما دلت عليه جملة من الروايات.

ورابعاً: إنه لا يجب على المفرط الإجابة إذا كانت إجابة طرفه أقل ضرراً، لما عرفت من الوجه في ذلك، وفي سائر كلماته في هذا المقام مواضع للنظر أيضاً، كما لا يخفى على من راجعه بتمامه، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٣٧): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (قال الشيخ (رحمه الله) في المبسوط: إذا خشي على حائط جاز أن يسند بجذع مثلاً بغير إذن مالك الجذع مدعياً للإجماع، أي قال: بلا خلاف، وفي دعوى الإجماع المزبور نظر ضرورة عدم حكاية موافق له ممن تقدمه أو عاصره.

نعم في الدروس بعد أن حكى ذلك عنه قال: وحينئذ الأقرب ضمان عينه وأجرته وإن انتفى الإثم، وهو مع أنه غير صريح في وفاقه لا مدخلية له في ثبوت الدعوى المزبورة، ولعله لذا نزله في جامع المقاصد على خصوص خوف تلف النفس المحترمة، قال: والحق أنه إن خيف بترك ذلك ضرر على نفس محترمة ونحو ذلك جاز إسناده، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس، ويضمن العوض، ويلوح من تعليل الشيخ إرادة هذا المعنى حيث قال: إن مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض، وهذا حيث لا يمكن نقضه أو يخاف المعالجة قبله) انتهى.

أقول: الصور الأولية للمسألة خمس وعشرون، لأنها فيما يتصرف في الغير نفساً أو مالاً، إما أن يكون لإنقاذ إنسان نفساً أو عضواً أو قوةً، أو إنقاذ حيوان، أو إنقاذ مال، وهذه الصور الخمس تضرب في أمثالها، فهي خمس وعشرون صورة، ومقتضى القاعدة أنه إذا كان اضطرار أو حرج أو أهم ومهم جاز التصرف.

أما في الضرر والحرج فلاستثنائهما نصاً وإجماعاً.

وأما في الأهم والمهم فلأنها قاعدة عقلائية مشمولة لقاعدة (ما حكم به العقل حكم به الشرع) بعد كون الأمر في سلسلة العلل، وللملاك المستفاد من جملة من الأدلة في موارد مختلفة من الفقه، مثل

ما ورد من دليل التقية في غير الدم، وما ورد من زنا المرأة التي خافت أن تموت عطشاً فأنقذت نفسها بالزنا لصاحب الماء لئلا تموت، وما ورد من النظر إلى الخنثى في المرآة أو بدون المرآة، وما ورد من عدم الوضوء والغسل والصوم والصلاة الاختيارية والحج للمرض ونحوه، وما ورد من جواز الكذب في الإصلاح والغيبة في الاستشارة، إلى غيرها من الموارد المتعددة.

ولعل الشيخ نظر إلى الاضطرار أو قاعدة الأهم والمهم، حيث إن وقوع حائط يسوى مثلاً بمائة اضطرار وضرر، وإسناده إلى جذع إنسان يلتزم صاحبه بإعطاء الأجرة أو الأرش مما لا يكون إلاّ درهماً مثلاً أو ما أشبه داخل في قاعدة الأهم والمهم، المستفادة من ملاك تلك الأحاديث وغيرها، بل يستفاد من بعض الآيات أيضاً كآية خرق السفينة.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المسالك تبعاً لجامع المقاصد حيث قال: (إن ما ذكره الشيخ يتم على تقدير الخوف من وقوعه على نفس محترمة بحيث لا يندفع بدونه، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس، فإتلاف منفعته أولى، أما بدون ذلك فالمنع واضح للمنع من التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً) إلى آخر كلامه.

ولعله لذا قال الجواهر: (لو كان حائط في طريق المسلمين مثلاً، أو كانت قنطرة كذلك، فإن إسناده بجذع الغير مع فرض انحصار الأمر فيه، والجبر بالأرش والأجرة ونحو ذلك أولى، فإنه جهة مرجحة أيضاً) انتهى.

وكيف كان، فإنه إنما يجوز الإسناد ونحوه بغير استيذان إذا لم يمكن الاستيذان، وإلاّ لزم الاستيذان، سواء من المالك مع إمكان المالك، أو من الحاكم

مع عدم إمكانه، لدليل السلطنة مهما أمكن، ودليل أن الحاكم ولي الممتنع مع عدم إمكان الاستيذان.

وأما ادعاء الشيخ الإجماع، فلعله إجماع تشرفي كما ذكره الآخوند في الكفاية، أو إجماع مستند إلى القاعدة والأصل، كما ذكره الشيخ في الرسائل، والله سبحانه العالم.

(**مسألة ٣٨**): قال في الشرائع: (إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته).

أقول: وذلك لأنه مقتضى «حتى تؤديه»[١]، و«الغصب كله مردود»[٢] و﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[٣] وما أشبه.

ولذا قال في الجواهر: لتوقف الأداء والرد على ذلك، لكنه قيده بقوله: إن كان مالكه فيه بغير إشكال، أما لو كان مالكه في غيره وجاء به الغاصب إليه، ففي المسالك تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه، وبين أن يأمره بالرد إلى المكان الذي غصبه فيه، لأنه عادٍ بنقله فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك، وله أن يأمره برده إلى بعض المسافة، بل هو أولى، انتهى كلام المسالك.

وما ذكره هو مقتضى القاعدة، مثلاً غصب منه في النجف وأعطاه في مكة، حيث يكونان فيها، فإن له أن يتنازل من حقه في دفعه في النجف ويأخذ، وله أن لا يتنازل عن حقه ولا يأخذ، لأنه مقتضى رد الغصب وأدائه عرفاً، والذي أمر به الشارع.

ومنه يعلم عدم الوجه في إشكال الجواهر عليه بقوله: (قد يناقش فيه إن لم يكن إجماعاً، بعدم الدليل عليه، بل مقتضى الأصول خلافه، بل ظاهر «تؤديه» و«مردود» ذلك أيضاً إذا كان المراد الرد إلى المالك، اللهم إلاّ أن يقال: إن الظاهر من الرد إرجاع الشيء إلى المحل الذي أخذه منه، خصوصاً بعد الاعتضاد

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب كتاب العارية ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٦ ص٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح٤.

(٣) سورة الشورى: الآية ٤٠.

بفتوى من وقفنا عليه من الأصحاب) انتهى.

فإن قوله: (اللهم) هو مقتضى القاعدة ولا وجه للمناقشة، بل ينبغي أن يقال: إنه يستفاد من «تؤديه» و«مردود» أيضاً ملاحظة الزمان، إذا كان للزمان مدخل عرفاً، مثلاً في البلد هرج ومرج وفوضى في تسعة أشهر من السنة، وفي ثلاثة أشهر من السنة يستتب الأمن فيها لمجيء نائب الحاكم مثلاً، والغاصب إنما غصب منه في هذه الثلاثة الأشهر، وإذا دفعه إليه في التسعة الباقية يسرق منه ويغتصب، فإن الواجب على الغاصب أن يرده عليه في مثل تلك الثلاثة الأشهر، أما إذا دفعه إليه في التسعة الأشهر الباقية كان غير مؤد عرفاً، والغصب غير مردود في نظر العرف.

ومنه يعلم الحال بالنسبة إلى المكان، كما إذا غصبه منه في المكان في حال الأمن، ثم انقلب المكان إلى فوضى وهرج ومرج واضطراب، فلا يحق له أن يرده في ذلك المكان المعرض للتلف عرفاً، حيث لا يصدق الرد والأداء.

ثم قال المسالك: (وحيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأول ليس للغاصب الزيادة عليه، لأنه تصرف في المغصوب بغير إذن المالك، فلو تجاوز به المأذون فللمالك إلزامه بإعادته، لتعديه في النقل كأصله).

وناقش فيه الجواهر بوجوب الإعادة مع فرض المجيء به إلى بلد الغصب وإن أثم بذلك، لكن الظاهر ما ذكره المسالك، لأنه يكون غصباً جديداً بعد رضى المالك ببقائه دون المكان الأول، فهو كما إذا غصب منه في ذلك المكان الجديد، فليس الأمر مجرد الإثم وإنما إثم وضمان.

نعم الظاهر أنه إذا كان محذور للغاصب في التسليم في المكان الذي

اغتصب منه، جاز له أن يرجعه إليه في مكان آخر، مثلاً إنه غصبه منه في بغداد ثم إنه طلب من قبل الدولة في بغداد، حيث إنه إذا تواجد في بغداد أخذته الدولة وقتلته، وهو الآن في كربلاء ولا يتمكن من إيصاله إليه في بغداد، فإنه يخبر المالك أنه مستعد للتسليم إليه أو إلى وكيله في كربلاءِ.

وإذا قال المالك في المثال المذكور: سلمني في النجف لا في كربلاء، فهل له ذلك أو لا، الظاهر التفصيل بين ما لو كان مؤنة النقل إلى النجف بقدر مؤنة النقل إلى بغداد أو أقل فالواجب إطاعة المالك، أما إذا كانت المؤنة أكثر فلا.

أما الأول: فلأنه المفهوم من «المردود» و«تؤدي» ونحوهما، حيث إن العرف يرى أنه بدل، فهو من قبيل الانتقال إلى المثل بعد تعذر العين.

وأما الثاني: فلأصالة عدم شيء زائد على الغاصب، خصوصاً إذا كان فاحشاً.

ثم اللازم تعميم مكان الغصب إلى البلد كما ذكروه، وإلى الموضع من البلد في البلاد الكبار مثلاً لوحدة الدليل فيهما، فإذا غصب منه في بلد مسافته عشرة فراسخ في الطرف الجنوبي من البلد مثلاً، لا يحق له أن يسلمه إليه في الطرف الشمالي منه، لأنه خلاف «الغصب مردود» و«تؤدي» ونحوهما.

ثم قال في الشرائع: (ولو طلب المالك الأجرة عن إعادته لم يلزم الغاصب لأن الحق هو النقل)، وهو كما ذكره، وقرره عليه الشارحان وغيرهما، كما أنه لو أراد الغاصب إعطاؤه الأجرة على النقل لم يلزم على المالك قبولها، إذ الحق هو النقل.

ثم إنه قد تقدم في بعض المباحث هنا، وفي بعض الكتب الاقتصادية، أنه إذا كان في بلد تضخم وفي بلد تنزل أو تساو، فمقتضى القاعدة لزوم الإعطاء

بقدر التعديل لا بالقدر الذي اغتصب منه، مثلاً غصب منه ألف تومان في الكويت وذلك يساوي اقتصادياً في إيران على النصف أو على الضعف مثلاً، فإن الواجب على الغاصب أن يرده إليه في إيران معدلاً، لا ألف تومان، وإنما ألفي تومان أو خمسمائة تومان، لما ذكرناه من أن الموازين الاقتصادية تجعل الأعواض بدل الأعواض، وإنما النقود واسطة فقط.

ثم إنه إذا غصب من الأب، وأراد أن يرد إلى الابن الوارث له، فإذا رضي الابن بغير البلد حق له ذلك وإن لم يكن يرضى الأب بغير البلد، إذ الحق انتقل إلى الورثة، فهو تابع لنظرهم.

أما لو انعكس بأن رضي الأب في غير البلد، ولما مات لم يرض الابن إلاّ في البلد، فالظاهر أنه يلزم اتباع رضى الابن، إلاّ إذا كان الأب قد أسقط حقه من الإعطاء في البلد، فإنه لا حق له حينئذ حتى ينتقل إلى وارثه، ففرق بين رضى الأب بالإعطاء في غير البلد وبين إسقاط حقه، فإن الرضى غير الإبراء والإسقاط.

ولذا لو قال الدائن: إني أرضى أن لا تعطي ديني، لم يكن إسقاطاً، أما إذا قال: قد أبرأتك وأسقطت عنك ديني، فإنه إبراء وإسقاط، فلا حق له في الرجوع عن إبرائه، بينما له الحق في الرجوع عن رضاه.

ثم حيث عرفت أن مقتضى القاعدة هو الرد، حسب ما يستفاد من «مردود» و«تؤدي»، فلو اغتصب منه في برية حين سفرهما مثلاً، ثم رجع إلى البلد، لم يحق للغاصب أن يقول: إني أرجع إليك المال في تلك البرية القفراء، كما أنه لا يحق للمالك أن يلزم الغاصب بذلك، لأنه خلاف المتفاهم من «المردود» و«تؤدي» ونحوهما.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق الشرائع، حيث قال: (ولو رضى المالك به هناك لم يكن للغاصب قهره على الإعادة).

وعلق عليه الجواهر بقوله: (قطعاً)، إذ إنما لا يكون للغاصب القهر إذا كانت الإعادة والرد صادقين في هناك عرفاً، أما إذا لم يصدقا فللغاصب القهر على الإعادة، مثلاً غصب منه في المدينة وكلاهما يوجدان الآن في صحراء، فيقول المالك: أعطني الغصب هنا، ويقول الغاصب: بل أرده عليك في المدينة، فإن الحق مع الغاصب لا مع المالك.

ومن ذلك يظهر حال قهر المالك الغاصب على الرد في غير بلد الغصب، وأنه قد يكون له القهر وقد لا يكون له القهر، حسب الموازين العرفية في الفهم من «مردود» و«تؤدي» ونحوهما.

ثم إن المحكي عن التذكرة: إنه لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر بالقهر، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء عليه، وإن كان فاحتاج إلى مؤنة فهي على الناقل على إشكال.

وفي المسالك: (ولا فرق في هذا الحكم بين كون المغصوب مالاً صامتاً أو ناطقاً، وفي معناه ما لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً بالقهر من موضع إلى موضع، واحتاج عوده إلى مؤنة فهو على الناقل للتعدي، ولو لم يكن للمنقول غرض في الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء عليه).

وعلق على ذلك الجواهر بقوله: (ضرورة عدم دليل على ذلك بعد ما ذكرناه من عدم الضمان بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ونحوهما) انتهى.

ولا يخفى ما في قياس الصغير على الكبير، بأن الصغير لا ولاية له على نفسه حتى يكون الحكم تابعاً لإرادته، وإنما الولاية للكبير الذي هو وليه، سواء

كان كالأب والجد، أو القيم والوصي والحاكم وأمينه.

وكذلك الحال في مثل الزوجة، فلو نقل الزوجة من النجف إلى كربلاء وأرادت الزوجة البقاء و لم يرض زوجها، فالواجب على الغاصب ردها إلى مكانها الأول، وهكذا الحال في المجنون والمعتوه ونحوهما.

أما في الكبير العاقل الذي اختياره بيده، فالأمر كما ذكروه، إذ مقتضى «الناس مسلطون على أنفسهم»[1] أنه لا حق لغيرهم في جبرهم على شيء، إلاّ إذا كان الأمر مخطوراً، فاللازم الجبر حسب النهي عن المنكر، كما إذا نقل كبيراً إلى برية مخطورة، والكبير المغصوب لا يتصور الخطر، فاللازم على هذا الإنسان الناقل أن يرده إلى محل الأمن، وإن لم يرض به الكبير على موازين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وحفظ النفس المحترمة وغير ذلك، والله سبحانه العالم.

ثم إنه لما عرفت من عرفية «الغصب مردود» ونحوه، فإذا غصب منه مثلاً عقاباً في قفص لا يحق له أن يرده عليه بلا قفص، حيث يطير ولا يتمكن من حفظه، فلو أعطاه بدون قفص وطار كان ضامناً.

---

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

مسائل

(الأولى):

قال في القواعد: وإذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمة الرضاض.

وقال في مفتاح الكرامة: هو قضية كلام المبسوط وصريح التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية، وفي الأخير نسبته إلى قطع الأصحاب، وما في الكتاب هو معنى قوله في التذكرة: من أحرقها فعليه قيمتها في حد المشروع.

أقول: أما الحكم الأول فقد تقدم، وأما الضمان ففي إطلاقه نظر، إذ لا دليل على الضمان بعد كون ظاهر الأخبار عدم الضمان، حيث إن الإحراق والإتلاف والكسر ونحوها كلها من أقسام النهي عن المنكر، ولذا أتلف رسول الله (صلى الله عليه وآله) أصنام الكفار مع أن رضاضها لا شك في قيمتها[1].

وبذلك يظهر وجه النظر في المحكي عن جامع المقاصد في وجه ذلك

---

(١) كما في البحار: ج٣٨ ص٨٤ نقلاً عن إعلام الورى: ص١٩٨.

بأن الرضاض وهو الذي يبقى بعد الكسر محترم، ومعناه أنه مملوك، والمملوك إذا أتلفه متلف كان ضامناً، إذ لا دليل على ذلك بعد ظهور الروايات في العدم.

ويؤيده إحراق رسول الله (صلى الله عليه وآله) مسجد ضرار[١]، وبعض الروايات المتقدمة هنا، والمفصلة في باب المكاسب.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد بعد ذلك: وكذا الصليب والصنم، وحكي أيضاً عن التذكرة وفي الكفاية أنه قطع به الأصحاب.

ولذا أشكل عليه مفتاح الكرامة بأنه (قد تقدم في باب المكاسب، أن آلات اللهو لا تعد مالاً، وأنها غير مملوكة في ظاهر كلام الجماعة، وقد استدللنا لهم بالخبر والقاعدة، وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك، والأمر في الصلبان والأصنام واضح، ولا قائل بالفرق على الظاهر)[٢] انتهى.

وكذلك فعل أمير المؤمنين (عليه السلام) ببعض البيوت، كما ذكر في التاريخ حيث أحرقها.

(الثانية):

قال في القواعد: (وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب).

وقال في مفتاح الكرامة: (أما أن منفعة كلب الصيد مضمونة، فلأنه حيوان مملوك يجوز اقتناؤه، وله منفعة تستأجر، وله قيمة في نظر الشارع، فيدخل تحت إجماع الخلاف والسرائر وإجماع التذكرة، وكذا غيره من الكلاب التي يجوز اقتناؤها والفهد والباري وباقي جوارح الصيد) انتهى.

أقول: ذكرنا في باب الديات أن الكلب محترم، وأن له القيمة لا الدية

---

(١) البحار: ج٢١ ص٢٦٣.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص١٥٥ ط الحديثة.

على ما ذكره جماعة من الفقهاء، ولا فرق في ذلك بين الانتفاع بكلب الصيد حين غصبه، أو عدم الانتفاع به إذا فاتت المنفعة تحت يده، لأنه كسائر الأشياء ذات المنفعة، حيث الضمان كما تقدم، وكذا الحال في باقي ما ذكره من الفهد والبازي ونحوها، حيث إن لها قيماً، وكون ذبائحها محرمة لا تنافي قيمتها وقيمة عملها.

ثم قال مفتاح الكرامة: (وأما أن ما صاده للغاصب فهو خيرة التذكرة وجامع المقاصد، لأن الغاصب هو الصائد، والكلب آلة في الصيد كالسهم والقوس والشبكة إذا غصب شيئاً منها واصطاد به، فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره) انتهى.

ومراده من أشبه الملاك لا القياس كما هو واضح.

ومن ذلك ظهر وجه النظر في احتمال أن يكون الصيد للمالك، كما عن الشافعي قياساً بصيد العبد واكتسابه، لأنه من كسب مال صاحب الجوارح فأشبه صيد العبد وكسبه.

ثم إنه إذا أعطى جارحه لغيره ليصيد به على مقرر بينهما أزيد أو أقل من الأجرة، كان ذلك له لمقتضى المعاملة.

(الثالثة):

قال في القواعد: (ولو اتخذ من السمسم الشيرج، تخير بين المطالبة بالسمسم وبالشيرج، والكسب والأرش إن نقصت قيمته، أو بالشيرج والناقص من السمسم) انتهى.

أقول: أما مطالبته بالسمسم، فلأنه عينه التي أتلفها الغاصب فله استرجاعها، وكثير من الناس لا يريدون الشيرج، فلا وجه لإلزام المالك بأخذ الشيرج مع التفاوت، وكذلك لو جعل الحليب لبناً أو أقطاً أو دهناً أو زبداً أو ما أشبه، وأما حق مطالبته بالشيرج والكسب فوجهه أنه ماله وإن تغيرت صورته وصفاته.

وكذا الحال فيما ذكرناه، أو في حنطته إذا طحنها وجعلها خبزاً، أو في

طينه إذا جعله سفالاً، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وأما المطالبة بالشيرج والناقص من السمسم، فقد قال في مفتاح الكرامة: (ظاهره أنه يطالبه بالشيرج والناقص من نفس السمسم، فيأخذ مثل ما نقص بأن ينسب الشيرج إلى عين السمسم).

وفي جامع المقاصد: (إنه بعيد، ولا يكاد يتحصل له معنى، لأنه لا يعرف نسبة الشيرج إلى عين السمسم، ثم استظهر أن المراد الناقص من قيمة السمسم، قال: ووجهه أن الكسب أقرب إلى التلف، لأنه ثفل الشيرج)[1]، وقال: (ما ذكره المصنف في هذه المسألة لا يستقيم، لأنه إن بقي المال بعد تغير صورته وصفاته على ملك المالك لم يكن له اختيار في المطالبة بالبدل، وإن خرج بالفعل المذكور لم يكن له أخذه باختياره، هذا مع أن تصرف الغاصب لا يخرج العين عن ملك المالك بأي وجه كان على الأصح، فلا وجه لما ذكره هنا فينبغي التثبت في تأمله إلى أن يظهر الصواب)[2] انتهى ما في جامع المقاصد.

أقول: لعل وجه ما ذكره العلامة أن الشيرج هو السمسم، فإذا كان السمسم مثلاً منّاً، وكان الشيرج نصف منّ وعدّ الكسب تلفاً، كان له أخذ التفاوت، والنسبة معلومة عرفاً، فإذا كانت قيمة الشيرج مثلاً نصف قيمة السمسم، وحجم الشيرج أيضاً نصف حجم السمسم، بقي على الغاصب النصف الآخر، وعلى هذه النسبة، وحيث إنه عرفي في مقابل الأمرين الآخرين فلا بأس به، لشمول قوله: «الغصب مردود»، و«لا يتوى»، و«على اليد ما أخذت» لمثله.

وقد ذكرنا في أوائل الكتاب أن الأمر في رد المغصوب عرفي، فكلما حكم به العرف كان محكوماً بحكم الشرع بوجوب الرد.

---

(١) جامع المقاصد: ج٦ ص٢٦٠.

(٢) جامع المقاصد: ج٦ ص٢٦٠.

ثم إنه إذا أعطى الدجاج المغصوب أكلاً حتى باض، فالظاهر أنه مشترك بينهما، لأنه من سعي هذا ومال ذاك، كما أنه إذا أعطى الشجرة المغصوبة ماءً حتى أثمرت، يكون الثمر مشتركاً بينهما على ما ذكرناه في بعض المسائل السابقة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(الرابعة):

قال في مفتاح الكرامة: (ولو تعذر المثل إلاّ بالأكثر من ثمن مثله، ففي وجوب الشراء نظر، كما قال في التذكرة، والأقرب الوجوب، كما في التحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد لصدق القدرة على المثل، لأنه كالعين وردها واجب وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته والغاصب مؤاخذ بالأشق).

أقول: ويمكن التفصيل بين ما إذا كان الأكثر عرفاً مثل الشيء السابق بسبب تضخم ونحوه، فالواجب عليه وجوب الشراء، وبين ما إذا لم يكن كذلك بأن تضخم بسبب حرب ونحوه مثلاً، مما لا يعد عرفاً أنه رده فلا يجب، إذ العرف يرون المثلية من ناحيتين، المثل حجماً وقيمةً، لا من ناحية إحداهما فقط، وفي مثله يشك في شمول «الغصب مردود» ونحوه له.

نعم إذا كانت العين موجودة ولو تضاعفت القيمة مئات المرات، وجب عليه الرد، لأنه حجم مال المالك وقيمته.

والحاصل: يلزم أن يصدق عرفاً «الغصب مردود»، و«على اليد ما أخذت»، و«لا يتوى»، وما أشبه.

وبذلك ظهر أنه لا استقامة للوجه الآخر مطلقاً، حيث علله في مفتاح الكرامة (بأن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة والهدي، وأنه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف قيمة المثل، وهو ضرر

وضمان لأكثر من القيمة، إذ لا فرق بين أخذ المالك لها أي للزيادة وأخذ البائع، وأنه لو خاف اللص على الزائد لم يجب المثل فكيف نوجب هنا، وفرق بينهما بافتراق العوض والثواب)، إلى آخر كلامه.

(الخامسة):

قال في القواعد: (لو بنى الأرض بتراب منها وآلات المغصوب منه، لزمه أجرة الأرض مبنية).

وقال في مفتاح الكرامة: (كما في التحرير وجامع المقاصد، ووجهه ظاهر لأن الصفة الحادثة بالبناء للمالك، إذ هي زيادة في ماله، وإن كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغة النقرة).

أقول: قد تقدم أنه لا وجه لمثل ذلك، حيث إن للغاصب سعيه، فقوله: إذ هي زيادة في ماله وإن كانت بسبب الغاصب غير مستقيم، بل اللازم أن تلاحظ الأجرة بالنسبة، ويكون الغاصب ضامناً بنسبة ملك المالك لا مطلقاً.

ثم قال القواعد: ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أجرة الأرض خراباً.

وقال في مفتاح الكرامة: كما في التحرير، لأن البناء ملك للغاصب وإن كان عدواناً.

وفيهما معاً نظر، إذ يلزم النسبة هنا أيضاً.

ولذا قال في محكي جامع المقاصد: على ما تقرر من أن زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك، يجب أن يكون للمالك حصته من أجرة المجموع بعد التقسيط على الأرض والبناء، لأن الهيئة الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالأرض فتزيد أجرتها بذلك، وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت القيمة أن الزيادة تقسط عليهما، وهو منبه على ما ذكرناه هنا.

ثم قال مفتاح الكرامة: (وهو كما ذكره جامع المقاصد، كما إذا وضع

سرجاً على الدابة فزادت أجرها) انتهى.

أقول: الكلام كما ذكراه، وإن كان تسليم جامع المقاصد لما أفتى به من قوله: (إن زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك)، غير ظاهر الوجه كما تقدم، بل إن الحكم كذلك وإن لم نقل بأن زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك، وذلك لأن الزيادة عرفاً موزعة عليهما لا لأحدهما فقط.

فهو مثل ما إذا سرق إنسان مصراع باب من زيد، ومصراعاً آخر من عمرو وباعهما بزيادة، كما إذا كان كل مصراع ديناراً فباعهما بثلاثة دنانير للحالة الاجتماعية، حيث إن الزيادة تكون موزعة عليهما، فيما إذا لم نقل بأن الزيادة للسارق، حيث إنه سعيه وعمله كلاً أو بعضاً، وإن كان الظاهر أن بعض الزيادة له لا الكل، لأن الزيادة حاصلة من العمل ومن المصراعين لا من العمل فقط، حتى يقال إن للسارق سعيه.

ثم قال القواعد: (ولو غصب داراً فنقضها، فعليه الأرش وأجرة الدار إلى حين نقضها، وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها).

وقال مفتاح الكرامة: كما في التحرير، لأن النقض أخرجها عن كونها مبنية، وقد عدم ما نقض منها وضمنه بالأرش، فلم يبق له منفعة ليضمن أجرها.

وتردد في التذكرة في لزوم أجرة مثلها إلى حين الرد، أو إلى حين النقض.

وقال في جامع المقاصد: (يشكل بأن العين إذا تلفت يضمن بدلها لا أجرة منفعتها، كالعبد إذا مات، ويمكن الفرق بأن العبد إذا مات لا أمد ينقطع عنده

ضمان أجرته بخلاف هدم الدار، لأن الأمد ردّها على مالكها مهدومة) انتهى.

أقول يمكن القول بلزوم تحمل الضرر وإن كان أكثر من الأرش، كما إذا كانت الدار تسوى مائة والبناء تسعون والأرض عشرة، لكن الدار إذا كانت قائمة كان المالك يؤجرها للزائرين في مثل كربلاء والنجف بمائة في أيام عرفة والغدير، فإنه عرفاً هو الذي سبب الضرر، فيلزم عليه ردّ الأرض والمائة لا والتسعين، فاللازم ملاحظة أكثر الأمرين من الأرش والضرر، لأنه مشمول لمثل «لا ضرر»[1] و«لا يتوى»[2]، وإن لم يشمله مثل «الغصب مردود»[3] و«على اليد»[4]، إذ لا تلازم بين الشمولين.

ومن ذلك يعلم الحكم فيما ذكره القواعد بعد ذلك بقوله: (وكذا لو بناها بآلته، أما لو بناها بآلتها فعليه أجرتها عرصة من حين النقض إلى حين البناء، وأجرتها داراً قبل ذلك وبعده) انتهى.

ثم إنه لو بناها بالأحسن أو بالأسوأ فالظاهر أن الحكم كما إذا خلط مال المالك بماله الأردأ أو الأحسن، وقد تقدم حكم ذلك.

وكذلك الحال لو غير البناء، بأن هدمها داراً وبناها حانوتاً أو رحىً أو معملاً أو ما أشبه.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٤٩٩ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٣.

(٤) المستدرك: ج٣ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح١٢.

ومما تقدم يعلم الحال فيما إذا نقض الكتاب ثم جلده تجليداً مساوياً أو أحسن أو أسوء، وكذلك الحال في سائر الأشياء التي هي من قبيلهما.

(السادسة):

قال في القواعد: (ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلاء النابت في الأرض المغصوبة، ولا الدفن فيها).

وفي مفتاح الكرامة: (ولا غيرهما من التصرفات كالوضوء والصلاة، وإن فرض استفادة جوازه من شاهد حال الأرض، لأن شاهد الحال هنا ضعيف لا يعول عليه، لأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا، هذا في غير الغاصب، وأما فيه فبالأولى) انتهى.

أقول: إن لم يعلم عدم رضى المالك في مثل الأراضي الوسيعة والأنهار الكبيرة، فالظاهر استصحاب الرضى والإذن بشاهد الحال، فقوله: (لأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا) غير ظاهر.

نعم لعل الأمر كذلك بالنسبة إلى الغاصب بنفسه، سواء باشر ذلك أو سبب، كأن كان ولده أو زوجته أو عبده أو ما أشبه هو الذي يرعى، وقد تقدم الكلام حول الصحاري الكبيرة والأنهر الوسيعة في كتاب الصلاة فراجع.

وقد ذكرنا في باب الدفن أنه لو دفن الميت في الأرض المغصوبة وجب النبش والإخراج.

ثم قال القواعد: (ولو وهب الغاصب فأتلفه المتهب رجع المالك على أيهما شاء، فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة

العين والأجرة) انتهى.

ومقتضى القاعدة الرجوع، لأنه مغرور فيهما، فـ «يرجع إلى من غر»[1]، لكن عن الإيضاح أيضاً كوالده عدم الترجيح.

(١) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من كتاب عقد النكاح ح٦.

مسائل

ذكرها المحقق القمي في (جامع الشتات) غالباً:

(الأولى):

لو وضع أخشاباً في دار غيره بدون إذنه، فمرت دابة صاحب الدار ووقعت تلك الأخشاب على الدابة، فانكسرت يدها وماتت بذلك السبب.

قال المحقق القمي: الموافق لقواعد الفقهاء الضمان، لأنه وضع تلك الأخشاب في الدار عدواناً وبدون الإذن، فالضمان يتوجه إليه.

لكن مقتضى القاعدة التفصيل، بأنه إن عد الغاصب سبباً كان ضامناً، وإلاّ لم يضمن، فقد يضع الأخشاب بحيث تكون مشرفة على السقوط، كالميزاب الذي يضعه في دار نفسه عارية فيسقط ويوجب العطب، وحينئذ لا فرق بين أن يكون موضع الأخشاب الطريق العام أو دار نفسه أو دار المغصوب منه.

وأما إذا لم تكن الأخشاب معرضاً للسقوط، وإنما مر الحمار بعناية من صاحبه من قرب الأخشاب، ولم يكن اللازم أن يمر من هناك، وإنما كان من تفريط صاحب الدار، فإن مقتضى القاعدة عدم الضمان، لأن السبب هو صاحب الدار لا واضع الأخشاب، فالمسألة من جزئيات أقوالية السبب على المباشر أو بالعكس.

وكذلك الحال فيما إذا غصب دار زيد وحفر بئراً أو بالوعة في وسط الدار، وسقط فيها صاحب الدار، فإنه قد يكون الغاصب السبب، وقد يكون صاحب الدار هو الأقوى، كما إذا غمض عينيه على خلاف المتعارف ودخل الدار، فإنه يقال له: لما ذا غمضت عينك.

ومثله الحال فيما إذا سقط حائط الدار المغصوبة على الحمار فمات، حيث قد يكون الأقوائية من صاحب الحمار، لأنه جاء بحماره ومر من قرب الحائط المشرف على الانهدام وهو يرى ذلك ويعرف، أو كان الحائط والدار في برية، ولم يكن قرب الدار طريق، وإنما جاء صاحب الحمار على غير الطريق، وقد لا يكون كذلك، وكونه عدواناً في غصبه لا يستلزم كونه ضامناً.

(الثانية):

إنه لو غصبه في بلد وطلبه في آخر.

قال العلامة في محكي التحرير: لزمه دفعه إليه، سواء كان في حمله مؤنة أو لم تكن.

وقرره على ذلك المحقق القمي وأضاف: إنه لو كان الشيء قيمياً لزم عليه دفع القيمة حسب بلد المطالبة، وإن كانت أغلى في بلد المطالبة من بلد الغصب.

وكأن وجهه إطلاق وجوب رد الغصب فوراً ففوراً، فلا وجه لتأخير الرد مثلاً أو قيمةً إلى البلد الأول، وحيث إن القيمي في بلد المطالبة قيمته أغلى كان اللازم دفع الأغلى، لأنه قيمة المغصوب في بلد المطالبة، وفي كلا الأمرين نظر، إذ ظاهر «الغصب مردود» بجميع خصوصيات الغصب.

ومن جملة الخصوصيات بلد الغصب لا بلد المطالبة، فلو غصب منه حنطة في كربلاء مثلاً، والقيمة عشرة، ثم ذهبا إلى الحج وطالب الحنطة هناك والقيمة

عشرون، لم يكن رده للحنطة أو القيمة هناك بقدر دلالة «الغصب كله مردود»[1]، بل رد للغصب وزيادة، ولا يلزمه الزيادة بمقتضى «الغصب كله مردود»، بل مثل «لا ضرر» ونحوه يشمل صورة كون القيمة أغلى في بلد المطالبة.

نعم لو طالبه في بلد تكون القيمة أرخص ودفع إليه، كان إبراءً له من الزائد وتنازلاً للمغصوب منه عن حقه، فلا مانع من ذلك، كما أنه لو دفعه الغاصب في البلد الأغلى كان تنازلاً منه للزائد، ولا مانع عن ذلك، أما وجوب الفورية في رد المغصوب فهو محكوم بدليل «لا ضرر» في صورة الزيادة قيمة، سواء أراد رد العين أو القيمة، وقد تقدم مسألة شرائط الزمان والمكان في رد الغصب.

نعم إذا تمكن من الدفع بسبب التليفون مثلاً في بلد الغصب إلى وكيل المغصوب منه، ولم يكن حرج ونحوه على الغاصب، وطلبه منه في بلد آخر، وجب عليه الدفع لوجوب فورية رد الغصب.

كما أنه إذا أراد الغاصب رد الغصب في بلد آخر إلى مالكه، وامتنع المالك بدون نقص قيمة وبدون محذور على المالك، كان للغاصب مراجعة الحاكم بإجباره على القبول.

أما إذا كان نقص قيمة في بلد يريد الغاصب إعطاءه له، أو كان محذور على المالك، مثل أنه لا يتمكن مثلاً إلاّ بمؤنة في نقل المغصوب إلى البلد الأول، أو ما أشبه ذلك، فليس للغاصب الجبر.

(الثلاثة):

لو قال إنسان لطفل: أحفر بئراً أو ما أشبه، فحفر الطفل فسقط الحائط عليه ومات أو عطب، فالظاهر أنه إن كان خطراً كان ضامناً، وإن لم يكن خطراً لم يكن ضامناً، سواء علم الآمر بالخطر أو لم يعلم.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح٣.

أما الضمان مع الخطر فلأنه هو السبب عرفاً، وعلمه وجهله لا مدخلية له في صدق المسِّبب وعدم صدقه، وأما مع عدم الخطر فلا يعد ذلك سبباً.

ولا يفرق في الحكم بين أن يكون الآمر أجنبياً أو ولياً، فالأب الذي يرسل طفله إلى المدرسة في حال كون الطريق مخطوراً يكون ضامناً، والأجنبي الذي يرسل الطفل إلى السوق ليشتري البضاعة له و لم يكن الطريق مخطوراً، وإنما حدث العطب أو قتل اتفاقاً، لا يكون ضامناً.

أما الضمان في الأول عليهما، فلأنهما السبب عرفاً، وأما عدم الضمان في الثاني عليه، فلأنه ليس بسبب عرفاً، ولا يصدق عليه أنه قتله.

أما إذا أرسل إنساناً كبيراً إلى محل مخطور، فإن كان المرسول جاهلاً بالخطر، كان الضمان على الآمر لأنه غره، والمغرور يرجع إلى من غر، وإن كان عالماً لم يكن ضامناً، لأنه لا غرور ولا سببية.

ومن ذلك يظهر حال العامل الذي يصعد فوق العريش ليبني السقف ونحوه، فإنه إذا كان العريش خطراً وكان العامل جاهلاً كان الآمر ضامناً، بخلاف ما إذا لم يكن العريش خطراً، وإنما حدثت مثلاً زلزلة سببت سقوط العامل وعطبه، أو كان خطراً ولكن كان العامل أيضاً عالماً بالخطر، فإن الآمر ليس بضامن في هاتين الصورتين للأصل وغيره.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المحقق القمي، حيث قسم المسألة إلى أربع صور:

صورة إجبار الآمر، فيضمن مطلقاً.

وصورة عدم إجباره مع جهل الطفل بالخطر وعلم الآمر، فالضمان أيضاً.

وصورة علم الطفل والآمر معاً، مع كون الطفل قادراً عن التحرز عن الخطر، فلا ضمان، ومع كون الطفل ليس بقادر فالصلح، قال: وإن كان مقتضى فتوى أكثر العلماء في هذه الصورة الأخيرة عدم الضمان.

ومواضع النظر في كلامه (رحمه الله) يظهر مما تقدم.

(الرابعة):

إذا غصب ماء غيره وأشربه بستانه مثلاً، فاللازم عليه أن يرده عليه مثلاً بمثل، لأنه مثلي عرفاً، وإذا أراد الرد عليه فاللازم ملاحظة القيمة لا ملاحظة الحجم، فإذا غصب منه الماء في أيام الصيف وكل كر بدرهم وأراد رده عليه في أيام الشتاء وكل كر بنصف درهم يجب عليه أن يرد مقابل الكر كرين، وإذا انعكس فبالعكس، لما تقدم من أن الاعتبار في هذه الأمور مع اختلاف القيمة زماناً أو مكاناً ملاحظة الروح لا ملاحظة الجسم، فإن مع ملاحظة الروح يصدق أن «الغصب مردود» ونحو ذلك.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلا كلامي المحقق القمي حيث:

أولاً: جعل الماء قيمياً، قال: لأنه لا يمكن تحديده بالكيل والوزن.

وثانياً: جعل القيمة قيمة وقت الغصب، لا وقت الأداء، وقال: إنه مثل الحنطة إذا غصبها، فاللازم أن يرد في بلد آخر بقيمة بلد الرد، وإن كانت قيمة بلد الرد أغلى من قيمة بلد الغصب.

إذ يرد عليه أن الماء مثلي، وإن لم يكل ويوزن، لأن الاعتبار بالساعات ونحوها، ولا دليل على أن كل ما لا يكال ولا يوزن قيمي، كما يرد عليه أن الاعتبار بالقيمة وقت الرد، لا بالقيمة وقت الغصب، وقد عرفت الإشكال في مثاله بالحنطة في بلد الغصب وبلد الرد في بعض المسائل السابقة.

ومنه يظهر أنه لا وجه لتردد العلامة في القواعد بين الجسم والروح، بل اللازم اعتبار الروح فيما لا أثر للجسم عرفاً، قال: ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم، بأن أتلف عليه ماءً في مفازة ثم اجتمع على نهر، أو أتلف جمداً في الصيف ثم اجتمع في الشتاء، احتمل المثل وقيمة المثل في تلك المفازة أو الصيف.

ولذا اختار الإيضاح القيمة، حيث قال في محكي كلامه: (وجه المثل إطلاق النص بوجوب المثل، واختلاف الزمان والمكان اختلاف في أمور خارجة عن الماهية وصفاتها، ثم حقق أن المماثلة هل هي باعتبار اتحاد الماهية أو مع التساوي في المنافع والقيمة، والمتعارف في الأصول الأول، وباعتبار المالية الثاني، وهو الأصح، لأن الاعتبار في المعاملات والضمانات بالقيمة لعدم ملك ما لا قيمة له وعدم ضمانه، فلا تصح المعاملة عليه، فتكون معتبرة في المماثلة من جهة المالية) انتهى.

وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة عدم الفرق في اعتبار المالية بين أن قلّت المالية أو سقطت، لأن الدليل والملاك واحد فيهما، إذ الاعتبار عقلائي.

وكما أن العقلاء لا يبذلون المال في مقابل ما لا مالية له، كذلك لا يبذلون المال الكثير في مقابل المال القليل أو بالعكس، من غير فرق عندهم في ذلك بين البيع والإجارة والغصب وسائر المعاملات، إلاّ إذا كانت المعاملة محاباتية، وكذلك نقول بها في الغصب، فإنه إذا اغتصب منه ما قيمته دينار فرد الغاصب ربع دينار وقبله محاباةً لا بأس بذلك، وإنما الكلام في مقتضى الأصل والقاعدة.

وبذلك ظهر وجه النظر في اعتبار المثل، ولا دليل على ذلك إلاّ ما ذكره مفتاح الكرامة من إطلاق الإجماع والفتاوى على وجوب المثل في المثلي من دون تفاوت بالزمان والمكان، وفيه نظر، لأن الإجماع والفتاوى منصرفة عن ذلك.

ولذا كان المحكي عن التذكرة والدروس وغيرهما القيمة.

بل عن جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب وغيرهم، وقال: لا محيد عن مختار الأصحاب وغيرهم.

أما احتمال الفرق بين السقوط عن القيمة والقيمة القليلة، بوجوب القيمة في الأول والمثل في الثاني، بدليل أنه لما خرج عن المالية بالكلية خرج عن كونه واجباً، فتعين الرجوع إلى قيمة المغصوب، فلو بقي له قيمة وإن قلّت فالمثل، كما صرح بذلك جامع المقاصد، فقد عرفت وجه النظر فيه.

ثم إن المحكي عن التذكرة (إنهما لو اجتمعا في مثل تلك المفازة أو في الصيف وقد أخذ القيمة هل يثبت التراد، الأقوى عندي المنع، واستجوده المحقق الثاني بأن المثل ليس هو عين المال، وقد انحصر الحق فيما أخذه) انتهى.

وهذا كما ذكره لما ذكره، إلاّ إذا كان أخذ القيمة من باب بدل الحيلولة كما ألمعنا إلى ذلك في بعض المسائل السابقة فإن بدل الحيولة يسقط عن البدلية إذا أمكن الأصل.

ولو انعكس الفرض بأن غصب منه الجمد في الشتاء أو الماء في النهر، ثم ابتعد عن النهر أو صار في الصيف، فإنه لا حق للمغصوب منه في تطلبهما منه حيث إن المغصوب لا قيمة له، وما لا قيمة له لا يكون على الغاصب مثله،

إلاّ في زمان أو مكان يرجع الأمر إلى عدم القيمة أيضاً، لوجود حق الاختصاص فللمغصوب منه الحق في تطلب مثل ذلك الجمد في الشتاء، ومثل ذلك الماء على النهر، إلاّ أن يكون الأمر غير عقلائي، فلا وجه لحق الاختصاص أيضاً، إذ الحقوق عرفية قررها الشارع، فإذا لم ير العرف الحق فلا حق شرعاً، ومثل ذلك يقال في قِطَع الخزف وما أشبه.

وقد ظهر مما تقدم أنه لو غصب منه الجمد مثلاً في وقت قيمته درهم، وأراد استرجاعه منه في وقت قيمته ربع درهم، فحقه في درهم، والظاهر أن حقه في العين والتتمة مقدماً على القيمة، لأن العين أقرب.

وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة، أنه لو غصب منه ألف تومان في الكويت مثلاً وأراد منه الرد في إيران، وقيمة التومان في إيران ضعف قيمته في الكويت، فالواجب عليه إعطاؤه نصف ذلك، كما أنه لوغصب منه في إيران وأراد منه في الكويت فالواجب عليه إعطاؤه ضعف ما غصبه، وقد ألمعنا في بعض الكتب الاقتصادية إلى أن في المقام أموراً أربعة: المكوس، والتضخم، وخطر التحطم الاقتصادي، وفروق التجارة، وأن ما عدا الأول محلل، بينما الأول محرم.

أما وجه تحريم الأول فهو ما ذكر في الشريعة الإسلامية، حيث لعن العشارين وجعل لهم عقاباً متزايداً، فإنه عبارة عن مال تأخذه الدولة اعتباطاً من الناس، لأجل مصارفها التي أملاها عليها الاستبداد والجهل.

بينما فروق التضخم والتترل قاعدة عقلائية، لأن الاعتبار عند العقلاء بالقوة الشرائية لا بالحجم.

كما أن خطر التحطم الاقتصادي الموجب لمنع البضاعة دخولاً أوخروجاً من الدولة مقتضى قاعدة «لا ضرر»، فإنه كما لا يصح الإضرار

بالأفراد، كذلك لا يصح الإضرار بالمجموع من حيث المجموع، فإن دليل «لا ضرر» شامل لهما.

أما فروق التجارة، فهي وإن كانت بالآخرة ترجع إلى التضخم والتترل، لكن فروق التجارة غالباً تكون بسيطة، بمعنى أن التاجر الذي يجلب المال من بلد إلى بلد، هذا التاجر قد صرف على ذلك المال عمره وماله، فله أن يأخذ شيئاً قبال عمره وماله المصروف في البلد الذي جلب إليه البضاعة، والغالب أن تكون البضاعة في البلد المجلوب منه أرخص من البلد المجلوب إليه.

وكذلك الحال في فروق التجارة في اختلاف شروط الزمان، بأن يجمد المال في الشتاء للصيف، أو في الصيف للشتاء، حيث كثرة الطلب في أحدهما دون الآخر بمقتضى قاعدة العرض والطلب، وقد ألمعنا إلى بعض هذه الكلمات بشيء من التفصيل في كتاب (الفقه: الاقتصاد) وغيره.

(الخامسة):

لو غصب من إنسان شيئاً وباعه، وكانت العين موجودة عند المشتري، فأبرأ المغصوب منه الغاصب مما له عليه، فالظاهر سقوط حقه عن العين، فلا حق للمغصوب منه مطالبة العين من المشتري، سواء كان الغاصب والمغصوب منه عالمين أو جاهلين أو بالاختلاف، لأن معنى الإبراء أنه لا يريد منه حقه، من غير فرق بين أن يكون الإبراء صادراً من المالك، أوصادراً من ورثته بعده، أو صادراً ممن نقله المالك إليه، مثلاً بعد غصب زيد من عمرو، وبيع زيد لخالد، باع عمرو المال لخويلد، حيث إنه ماله، فأبرأ خويلد الغاصب مما في ذمته.

وكذلك إذا أبرأ أحد الثلاثة من المالك والوارث والمنتقل إليه المشتري

أو المنتقل إليه المال، فكما أنه له الحق في الرجوع إلى أيهما، وإذا رجع إلى أيهما لا يحق له الرجوع إلى الآخر، كذلك له الحق في إبراء أيهما، وإذا أبرأ أيهما بمعنى إسقاط المال إطلاقاً، لا يكون له الحق في الرجوع إلى الآخر.

كما أن الحكم كذلك إذا مات الغاصب وكان المغصوب منه حياً، فأبرأ الميت عما له عليه.

ومنه ظهر وجه النظر في قول المحقق القمي بعدم صحة إبراء الميت الذي كان غاصباً عن العين، قال: لأن نقل العين إلى الميت لا معنى له.

وفيه: إنه عرفي، وقد قرره الشارع، وليس هذا من نقل العين إلى الميت، بل من إبراء الميت، وفرق بين نقل العين وبين الإبراء عرفاً، والشارع حيث لم يغير العرف فهو مصدق له، بل قد ذكرنا في كتاب الإرث عدم بعد صحة نقل العين إلى الميت أيضاً.

ولذا قرر الفقهاء أن الجد إذا مات ينتقل المال إلى الولد ومن ثم إلى الحفيد مع أن الولد مات قبل الجد، ويكون أثر ذلك أن الحفيد يرث إرث الأب، لا أن الحفيد يرث إرث نفسه، فولد البنت يرث نصف بنت الولد، وهذا الانتقال إلى الميت ثم إلى الحي اعتبار عقلائي قرره الشارع، كما يفهم من كلام جماعة من الفقهاء.

ومن ذلك يظهر مسألة تعاقب الأيدي على المغصوب، حيث إن المغصوب منه لو أبرأ أحدهم بمعنى إسقاط المال برئ الجميع، وليس حال الغصب حال البيع في تعاقب الأيدي، حيث فيه تفصيل ذكره الشيخ المرتضى في المكاسب، فإن إجازة الوسط يقتضي صحة المتأخر لا المتقدم، والله سبحانه العالم.

(السادسة):

إذا كان زيد يطلب من عمرو مالاً، وعمرو ليس بمستعد أن يؤديه إليه فاغتصب الظالم من عمرو شيئاً وباعه بقيمة رخيصة، فالظاهر أن لزيد الطالب أن يشتري ذلك الشيء من باب التقاص، كما أفتى به المحقق القمي.

وكذلك إذا وهبه الغاصب لذي الحق، فإن له القبول من باب التقاص على شرط وجود شرائطه.

من غير فرق في المسألتين بين أن يكون الغاصب عالماً بكونه غاصباً أو جاهلاً بأن تصور أنه حقه، لإطلاق دليل التقاص.

ومنه يعرف حال ما إذا أمر الظالم زيداً بأن يقتل عمرواً وزيد يطلب من عمرو قتلاً، حيث قتل عمرو أباه، فإن له الحق في أن يقتل قاتل أبيه، وإن كان منطلقاً في ذلك من أمر الآمر بالقتل، بل لو قتله وهو لا يعلم أنه يطلبه قتلاً وقع القتل في قبال ذلك القتل قصاصاً، وإن كان متجرياً في القتل.

وكذلك إذا لم يكن متجرياً بأن زعم أنه سب الرسول (صلى الله عليه وآله) مثلاً، فقتله جزاءً لذلك، ثم ظهر أنه لم يكن ساباً، وأنه كان قاتل أبيه، إذ لا دليل في القصاص على لزوم النية في مثل المقام، بل وكذا لو رمى سهماً بقصد قتل حيوان فقتل قاتل أبيه، فإنه يكون قصاصاً.

(السابعة):

لا يجوز جعل الروشن إلى دار الغير وحانوته ورحاه وما أشبه إذا عد ذلك عدواناً عرفاً.

نعم إذا لم يعد عدواناً عرفاً، كما إذا جعل في أعالي الحائط مما لا يشرف على دار الغير، ولا يدخل منه الأذى إلى داره ومحله لم يكن به بأس، وإذا كان الروشن جائزاً أو غير جائز لم يجز أن يجعل مستعمرة النحل في الروشن، لأن ذلك يسبب انتشار النحل في داره وأذيته له باللدغ وغيره.

أما إذا جعله ثم انتشر النحل في داره وأمكنه أن يطيرها، فإذا لم يكن التطيير موجباً لتلف النحل على صاحبه بأن يذهب ولا يعود، فهو جائز بلا إشكال، وهو مثل أن يخرج دابة الغير من داره إذا دخلتها.

أما إذا سبب ضرراً بأن كان النحل يذهب ولا يعود، فالظاهر لزوم مراجعة الحاكم للحسم لهذا العدوان، وكذلك إذا دخلت دابة الغير دار إنسان وكان في إخراجها تلفاً لها لم يجز الإخراج إلاّ بمراجعة الحاكم.

لأنه كما لا يجوز له أن يضرر جاره كذلك لا يجوز للجار أن يضره، وإدخال الدابة عدواناً في دار الغير أو النحل لا يجوّز تضرير الجار لصاحب الدابة وصاحب النحل لأن ﴿جزاء سيئة سيئة بمثلها﴾[1]، ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[2]، وليس إتلاف الدابة والنحل مقابلة بالمثل، وإنما هو أكثر.

فإذا أدخل قطيعه مثلاً دار زيد عدواناً، وإذا أخرج المالك قطيعه من دار نفسه سبب تلف الذئب إياه، فهل يمكن أن يقال بجواز ذلك بدون مراجعة الحاكم، وملاحظة الأهم والمهم، فهو مثل أن يقطع إنسان يد إنسان عدواناً فيقتل الإنسان المجني عليه الإنسان الجاني مثلاً.

والحاكم الشرعي يلاحظ الأهمية والمرجحات الخارجية، ويحكم على طبق ذلك، وقد تقدم شبه هذه المسألة في إضرار أحد الجارين بالآخر.

ثم إنه إن دخلت الدابة دار الجار، أو النحل داره أو ما أشبه، لم يجز لصاحب الدابة والنحل أن يدخل الدار التي هي ملك الغير لإخراج دابته ونحله

---

(١) سورة الشورى: الآية ٢٧.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

بدون إذنه، وإنما اللازم الاستجازة، وإذا لم يجز كان المرجع الحاكم الشرعي أيضاً.

ولو دخل بدون الإذن وكان بدخوله داره الأجرة عرفاً، حق له أن يأخذ الأجرة منه، كما حق له أن لا يجيز له دخول داره إلاّ بالأجرة.

نعم الظاهر أنه لا حق له في الأجرة الزائدة بأن يقول: إني لا آذن لك في دخول داري إلاّ بأجرة مضاعفة، إذ الإجحاف ممنوع شرعاً وعقلاً، كما ذكرناه في بعض كتبنا الاقتصادية.

وبذلك يظهر وجوه النظر في كلام المحقق القمي في مثل المسألة، حيث أجاز مطلقاً جعل الروشن إلى دار الجار، ونقل عن العلامة في صلح التذكرة جواز إخراج حيوان الغير من الدار إذا لم يسبب الإتلاف، ولو تلفت لم يكن على صاحب الدار غرامة، لأنه لا يلزم على الإنسان حفظ مال غيره في داره، وظاهره أن اللازم على صاحب الدار إجازة مالك النحل في دخول داره.

(الثامنة):

هل يصح للمغصوب منه أن يبيع المغصوب الغاصب بقصد التقاص، الظاهر نعم، فإذا قصد البيع حقيقة وقع البيع حقيقة، أما إذا لم يقصد البيع حقيقة يكون تقاصاً، وحينئذ يكون ما أخذه مما ظاهره الثمن بدل حيلولة، لا أنه ملكه.

نعم إذا تصرف الغاصب في المغصوب والمالك في الثمن، بأن أتلفا المالين وقع التهاتر القهري، لكن إذا كان المغصوب أكثر كان الغاصب ضامناً للأكثرية، كما أن الثمن إذا كان أكثر كان المالك ضامناً له، لأنه لم يكن بيع في البين.

وإلى هذه المسألة أشار المحقق القمي وأفتى بما ذكرناه بدون ذكر الفرع الأخير، أي أكثرية أحدهما عن الآخر وحصول التهاتر، ويترتب على مسألة التقاص بعنوان بدل الحيلولة أنه إذا تمكن المالك من ماله لزم عليه إرجاع الثمن وأخذ ماله، لأنه لم يحصل التبادل.

وإذا اختلفا في أن البيع كان حقيقةً أو تقاصاً، فالمرجع قصد المالك إلاّ أن يدعي الغاصب عليه قصده البيع حقيقة، فله عليه الحلف إذا لم يقم الشاهدين على مدعاه.

(التاسعة):

إذا أعطى إنسان مالاً مغصوباً بيد غيره ضمن ذلك الغير الآخذ سواء علم بالغصب أو لم يعلم، وسواء علم بالغصب بعد ردّه إلى المعطي أو قبل رده إلى المعطي، كما هو مقتضى «دليل اليد»[1] وغيره، وقد أفتى بذلك المحقق القمي أيضاً.

نعم إذا علم بأنه مال الغير لم يجز له التصرف فيه، ولا إرجاعه إلى الغاصب، كما هو مقتضى القاعدة، ودل عليه أيضاً بعض الروايات الواردة فيمن وضع عنده السراق شيئاً مسروقاً.

فقد روى حفص بن غياث، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللص مسلم، هل يرد عليه، فقال: «لا يرده، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلاّ كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلاّ تصدق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح١٢.

الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم غرم له، وكان الأجر له»[1].

ومحل تفصيل الكلام في هذه المسألة في كتاب اللقطة.

(العاشرة):

لو غصب صغير أو مجنون مالاً من إنسان، فإن كان له مال فالواجب على الولي كالأب أو الحاكم إعطاء بدله إن أتلفه وإلاّ أعطاه بنفسه، لأنه بمقتضى ولايته مكلف بالقيام بشؤونه، وهذا من شؤون القاصر، ويؤيد ذلك ما ذكروه في باب كفارات الحج مما دل عليه الروايات أو عرف منها بالمناط، مثل أنه إذا صاد طيراً وجب على الولي إفلات الطير من يده وهكذا.

وإذا لم يكن له مال، فإن كان الولي سبباً كان عليه، لأن السبب أقوى من المباشر، وكذا إذا كان غير الولي سبباً، إذ لا يفرق في لزوم الشيء على الأقوى بين كونه ولياً أو غير ولي، وأما إذا لم يكن الولي وغيره سبباً، لم يكن على الولي شيء، وإنما يصبر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فيجب عليهما الرد كسائر المديونين.

نعم إذا لم يحصل لهما مال لا يبعد أن يكلف بيت المال بأداء دينهما، لأن بعض بيت المال للغارمين، سواء بقيا أو ماتا، وقد ورد: «إن من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك ديناً فعلى إمام المسلمين». كما ذكرنا تفصيله في كتاب الزكاة وغيره.

بل لا يبعد أن يكون على بيت المال أداء دين الصبي والمجنون إذا لم يكن لهما مال، إذ عدم إيصال الدين إلى صاحبه مدة طويلة إضرار به، فلا ينتظر بلوغ هذا وإفاقة ذلك حتى يكتسبا ويؤديا الدين.

والظاهر أنه لا فرق في وجوب الأداء على بيت المال بين أن صرف المغصوب المجنون في الطاعة أو في المعصية.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٦٩ الباب ١٨ من أبواب اللقطة ح١.

أما في الطفل المراهق مثلاً فهل هو كذلك، أو خاص بما إذا صرفه في الطاعة، لما دل في باب الزكاة من أنه لا يؤدي الإمام الدين المصروف في المعصية، احتمالان، من إطلاق تلك الأدلة، ومن تقييدها بما دل على أن عمد الصبي خطأ.

أما إذا لم يكن معصية على الطفل كلبس الحرير والذهب فلا إشكال، إذ المسألة فيما كان معصية عليه، كما إذا غصب مال زيد وشرب به الخمر.

قال المحقق القمي: في غصب الطفل مال غيره بأنه إن كان له مال تعلق به، وإن لم يكن له مال تعلق بذمته، وإن هذا لا ينافي عدم التكليف، كما صرحوا بذلك في مواضع متعددة، مثل ما إذا وطأ الطفل حيواناً، حيث يحرم لحمه، وقيمته تتعلق بذمة الطفل إلى ما بعد البلوغ إذا لم يكن له مال، وإلا كان في ماله رده عليه ولي الطفل، كما ذكروا أنه يجب على الولي رد البيض والجواز إذا حصلهما الطفل بسبب القمار.

قال: (والرد فوري، فإذا لم يرد الولي ضمن الولي، ولا منافاة بين ضمان الولي وضمان الطفل، وإذا لم يرد الولي المال وكبر الصغير وجب على الصغير بنفسه الذي كبر أن يرد المال) انتهى.

لكن لنا في مسألة وطي الطفل للحيوان، ومسألة ضمان الولي إذا لم يدفع من مال الصغير نظر، حيث لا نرى شمول دليل الوطي للصغير، كما ذكرنا مثله فيما إذا لاط بصغير آخر، حيث لا يعلم حرمة الأخت والأم والبنت بالنسبة إلى الواطي الصغير، كما أن ظاهر كون الوجوب على الولي أنه تكليفي لا وضعي حتى يقال بضمان الولي إذا لم يدفع، وإنما عدم دفعه معصية.

ثم إن الصغير الغاصب إذا دفع بنفسه نفس المال المغصوب، فلا شك أنه يجوز للمغصوب منه أخذه، لأنه ماله يأخذه أين وجده، وأما إذا أراد الدفع من مال نفسه، فالظاهر أنه لا يحق للمغصوب منه أخذ بدله من الصغير، إذ لا حق للصغير في تعيين ما في ذمته في شيء خاص من أمواله، لأنه تصرف هو محجور منه، فاللازم على الغاصب أن يراجع الولي كالأب والجد، ومع عدم التمكن منهما أن يراجع الحاكم في أخذ البدل، وإذا لم يكن الحاكم لم يستبعد أن يأخذه من باب التقاص، لعموم دليل التقاص.

وأما إذا سلب حيوان شيئاً من إنسان، أو كسره وأتلفه، فالظاهر أن صاحب الحيوان إذا لم يكن سبباً لذلك لم يكن عليه ضمان، ومثل صاحب الحيوان في الضمان إذا كان إنسان آخر ليس صاحباً له سبباً، كما إذا شرد زيد دابة عمرو فكسرت شيئاً، وكذلك بالنسبة إلى الراعي ونحوه.

(الحادية عشرة):

لو جاء زيد وقال لعمرو: إن خالداً قال: أعرني سيارتك، فأعطاها فركب الواسطة السيارة وأسرع في المشي حتى عطبت، ثم إن خالداً أنكر أنه قال لزيد ذلك، وأنه طلب العارية، فلا شيء على خالد من الضمان، سواء حصل التعدي في السيارة أم لا.

فإن شرط المالك الضمان أو كان تعد من الراكب فلا إشكال في ضمانه، سواء أسرع بالسيارة لضرورة أو لا لضرورة، كما إذا أراد النجاة من عدو أو سبع أو ما أشبه، إذ مع شرط الضمان حتى في العارية الصحيحة ضمان، فكيف هنا، وكذلك مع التعدي، والضرورة إلى التعدي لا توجب عدم الضمان، لعدم المنافاة في الجمع بين الأمرين، وأمر الشارع بإنجاء نفسه كأمره بأكل مال غيره في المخمصة.

ومنه يعلم الحال فيما إذا كانت الضرورة نجاة الغير لا نفس المستعير، بل وحتى إذا كان نفس المعير.

وأما إذا لم يكن تعد، فالظاهر أيضاً الضمان لقاعدة اليد ونحوها، ولا يشمل المقام (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) لأنها ليست عارية فاسدة، بل المالك زاعم أنه عارية، فهو مثل ما إذا أخذ المستعير مال المالك بزعم أن المالك أعطاه عارية، ولم يكن المالك أعطى الشيء عارية، حيث إن التلف يوجب الضمان على الآخذ، ومثله ما إذا أعطى إنسان مال غيره بزعم أنه ماله عارية، فإن التلف لا يوجب رفع الضمان على المعطي الذي هو ليس بمالك في الواقع، بزعم أن (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) يشمل المقام، إذ ليس ذلك عارية فاسدة.

ومنه يعلم حال ما إذا كان الإسراع بالسيارة لأجل نجاة السيارة، وأنه أيضاً ضامن، سواء ظهر كذب المستعير أم لا، بأن لا يعلم صدقه أو كذبه، لإطلاق دليل «على اليد». ومنه يعلم أن فتوى المحقق القمي بأنه لا ضمان على المسرع غير ظاهر الوجه.

نعم إذا ظهر صدقه لم يكن عليه شيء، لأن العارية لا ضمان فيها إذا لم يكن تعد أو تفريط.

(الثانية عشرة):

لو أجرى نهراً في أرض موقوفة، فإن لم يكن للمتولي أو البطون ذلك، كان اللازم على المجري طم الحفر وإرجاع الأرض كما كانت ولا شيء لسعيه، وإن كان للإنسان ما سعى، لأنه سعي حرام، كما إذا سعى في القيادة والدياثة.

لا يقال: فكيف قلتم في السابق أن السعي وإن كان حراماً لكن للساعي نتيجة عمله.

لأنه يقال: ذلك فيما لم يكن نتيجة السعي مبغوضاً للشارع، أما إذا كانت محرمة فلا، كما إذا صنع خشب الغير صنماً أو تمره خمراً، وإن زادت قيمتها السوقية لدى غير المتدينين، والمقام مما نتيجة سعيه حرام، لأن «الوقوف حسبما وقفها أهلها».

أما إذا كان لهما ذلك، و لم تزد قيمة الأرض بحفر النهر فلا إشكال أن لهما أمر الحافر بطم الحفر، كما أن لهما الإبقاء ولا شيء للحافر لفرض عدم زيادة القيمة.

نعم إذا زادت القيمة، فقد تقدم أن المشهور يقولون إن للمالك إلزام الحافر بطم الحفر في مسألة حفر البئر، لكنا أشكلنا في ذلك بأنه إذا زادت القيمة فلا يبعد أن تكون الزيادة للحافر، كما إذا كانت قيمة الأرض مائة فصارت بسبب حفر النهر ألفاً.

وكيف كان، فللحافر أن يستأجر الأرض من المتولي، أو البطن في الوقف الذري، وقد أشار إلى بعض ذلك المحقق القمي.

نعم لا حق في الاشتراء، لأن الوقف لا يباع إلاّ في موارد خاصة، والمفروض أن المسألة ليست من تلك الموارد، وإذا أجّرها البطن بأكثر من حقه يحق للبطن الثاني إبطال الإجارة وإبقاؤها، لأنها وقعت فضولية في حقهم، وهكذا بالنسبة إلى المتولي الثاني.

فصل في التنازع

وفيه مسائل:

(مسألة ١): قال في الشرائع: (إذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة، فالقول قول المالك مع يمينه وهو قول الأكثر، وقيل: القول قول الغاصب، وهو أشبه).

قال في مفتاح الكرامة: إن القول الأول نسبه إلى الأكثر الشرائع والتحرير، وأنه وجد القول المذكور للمقنعة ونهاية الشيخ فقط، و لم يجد لهما ثالثاً بعد فضل التتبع.

أمّا القول الثاني: فهو خيرة الخلاف والمبسوط والسرائر في موضعين منهما، والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة والمختلف والإيضاح والمقتصر والتنقيح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض، وقد نسبه في المسالك والكفاية إلى المتأخرين، وفي الرياض إلى عامتهم.

أقول: ويظهر من العلامة نوع تردد في الحكم، حيث قال في القواعد:

لو اختلفا في تلف المغصوب قدم قول الغاصب مع يمينه، وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي.

والظاهر هو قول المشهور لأصالة براءة ذمته باعتبار أنه غارم ومنكر كما في الجواهر، تبعاً لغيره، وتبعه غيره.

واستدل لقول الشيخين بصحيحة أبي ولاد، حيث سأل فمن يعرف ذلك (أي القيمة)، قال (عليه السلام): «أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، وإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك»[1].

كما أنه يؤيده الاعتبار بأن المالك أعرف بقيمة ماله من الغاصب، بالإضافة إلى ما ذكروه مكرراً من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

لكن الاعتبار لا دليل عليه، وقد ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل على أنه يؤخذ بأشق الأحوال، فليس في المقام إلاّ الصحيحة، فإن ثبتت دلالتها لزم العمل بها مقدماً على الأصل، وكأنه لذا كان المحكي عن الكفاية القول بأنه لا يبعد ترجيحه.

وعن الرياض لولا إطباق متأخري الأصحاب على العمل بالأصل العام وإطراح الرواية لكان المصير إليها في غاية القوة.

أما لو انعكس بأن ادعى المالك الأقل والغاصب الأكثر، وإنما ادعى الغاصب الأكثر والمالك الأقل، إما لاعتقادهما بذلك، وإما لأنه إذا وافق المالك على أنه الأكثر، كان هناك غاصب يأخذ الضريبة مثلاً كما في الحال الحاضر، فإن القول قول المالك للأصل.

وأما بالنسبة إلى الزيادة، فالغاصب يعمل حسب ما يعتقده، فإن كان عالماً

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٢ الباب ٧ من أبواب الغصب ح١.

بأنها للمالك وجب عليه إيصالها، لأنه ليس معنى قول المالك إنه أقل أن المالك أبرأ الغاصب من الزائد حتى يسقط عما في ذمته، كما أنه كذلك لو كان الأمر في العين، مثلاً غصب منه الحنطة، ولما يريد رده إليه يدعي الغاصب أنه عشرة أمنان، ويقول المالك: بل تسعة أمنان، فإن اللازم على الغاصب إذا اعتقد ما يقوله أن يرد على المالك المنّ الزائد، وإذا لم يمكن الرد سلمه إلى الحاكم الشرعي لأنه ولي الممتنع.

ثم إن الشرائع قال: (أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه، مثل أن يقول: ثمن الجارية حبة أو درهم لم يقبل).

وفي الجواهر: قطعاً للعلم بكذبه.

وقال في القواعد: ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد.

ونقل مفتاح الكرامة هذا القول عن التحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة، قال: (ولعل ترك هذا القيد في المبسوط وغيره من بقية الكتب المتقدمة لمكان ظهوره، وفي الكفاية قيل: لا يقبل، فظاهره التوقف وهو في غير محله) انتهى.

وهو كما ذكره السيد العاملي، إذ لا وجه للأصل مع العلم بخلافه، من غير فرق بين أن نعلم كذبه خبرياً أو مخبرياً.

ثم قال مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر: وهل يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفاؤه فيلغى قوله بالكلية، أم يطالب بما يكون محتملاً فيقبل منه وهلم جرا، وجهان صريح التحرير الثاني.

قال في جامع المقاصد: لم أجد تصريحاً بأحدهما، وقوى في المسالك

والروضة الثاني اطراداً للقاعدة، قال: ولا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقاً، حيث يوافق الأصل، والأصل يقطع بالخبر الصحيح مع موافقة الاعتبار من وجهين في غير محل الوفاق، فتأمل.

أقول: مقتضى القاعدة قبول قوله الثاني والثالث وهكذا، لأنه طبق الأصل، إلاّ أن يقال: إن بناء العقلاء في قبول قول ذي اليد والأصل لا يجريان إلاّ في مورد الوثوق أو الشك.

أما إذا علم بأن هذا الإنسان كذاب، فليس مجرى الأصل، كما لا وثوق من جهة العقلاء، ولعله يؤيد ذلك ما ورد في رجوع الشاهدين بعد شهادتهما بالسرقة، كما ذكرناه في كتاب الشهادات.

فعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده إنما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرمهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر»[1].

وفي رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رجلين شهدا على رجل عند علي (عليه السلام) أنه سرق فقطع يده، ثم جاءا برجل آخر فقالا: أخطأنا هو هذا، فلم يقبل شهادتهما وغرمهما دية الأول»[2].

وفي رواية الصدوق، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «من شهد عندنا بشهادة ثم غير أخذناه بالأولى وتركنا الأخرى»[3].

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح١.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح٤.

ثم إنه بعد ظهور كذبه لو لم يقل شيئاً، و لم يعين قيمة وبقي المالك على ادعائه، كان الحال كما إذا ادعى المالك قيمة و لم يقل الطرف شيئاً إطلاقاً، أو قال: إني شاك في قدر ما يطلب، أو ما أشبه ذلك، فإذا حلف على نفي ادعاء المالك بالنسبة إلى الزيادة فهو، وإلاّ ردت اليمين إلى المالك وأخذ ما ادعاه.

قال في الجواهر: (ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في السوق في وقتها فادعى المالك أنها قبل التلف والغاصب بعده، فالقول قول الغاصب أيضاً بيمينه، لأنه منكر).

أقول: إن قلنا بأن اللازم القيمة وقت الأداء لم يكن لهذا النزاع أثره، نعم إن اعتبرنا وقت التلف كان كما ذكره الجواهر.

(**مسألة ٢**): قال في الشرائع: (إذا تلف وادعى المالك صفة يزيد بها الثمن كمعرفة الصنعة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأن الأصل يشهد له).

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، إذ معرفة الصنعة حادث، والأصل عدمه).

وفي القواعد: (وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم الصنعة، والمراد أنه يقدم قول الغاصب مع يمينه، لأنه عطف على ذلك).

وفي مفتاح الكرامة قال: (كما في السرائر والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها.

وقال في الكفاية: إنه غير بعيد، لكن في عموم صحيحة أبي ولاد ما يخالفه) انتهى.

أقول: قد عرفت عدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ما ذكره، لقوله عليه السلام): «يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل بما اكترى كذا وكذا فيلزمك»[١].

والمراد بتعلم الصنعة أعم من تعلم العبد والجارية، أو تعلم الحيوان ككلب الصيد والقرد والهرة وما أشبه مما هي قابلة للتعليم والتعلّم، فإنه لا خصوصية للصنعة.

أما لو اتفقا في أنه كان يعلم صنعة فقال أحدهما: إنه كان يعلم صنعة الكتابة، والآخر: صنعة الخياطة، وكانت القيمة مختلفة، فإنه من التحالف لا من الاختلاف في القيمة، فإن الميزان في المنازعات كيفية الدعوى لا المآل، ولذا لو قال أحدهما: كان كتاباً، والآخر: قلماً، لا يلاحظ القيمة، وإنما يكون المرجع

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح١.

التحالف، وقد ذكرنا تفصيل هذا المبحث في كتاب القضاء، وفي أواخر الشرح في قبال قول السيد الحكيم (رحمه الله) بأن الملاحظ المآل لا المصب.

وقال في مفتاح الكرامة: (وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الأجرة لـــصالة عدمه)، وهو كما ذكره.

ولو قال الغاصب: إن الكلب الذي أخذه من داره كان كلب هراش لا قيمة له، وقال المالك: كان كلب صيود فله القيمة، فالظاهر أنه من مورد التحالف أيضاً، لأن مصب الدعوى هو المعتبر لا المآل.

وفي الجواهر: (لو ادعى المالك تخلّل الخمر في يد الغاصب فأنكره الغاصب، فإن القول قول الغاصب بيمينه للأصل أيضاً)، وهو كما ذكره.

كما أنه لو اختلفا في أنه غصب منه خمراً محترماً أو غير محترم، لوضوح أنهما شيئان، فالمرجع التحالف.

وفي الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما لو ادعى الغاصب عيباً متجدداً لكن عند المالك، كالعور وشبهه مما هو عارض للعبد بعد الصحة، وأنكر المالك، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل الصحة، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً).

أقول: مقتضى القاعدة أنه إن كان هناك استصحاب يطابق قول أحدهما أخذ بالاستصحاب، فإذا كان الفرس مثلاً صحيحاً ثم رأيناه أعور، وقد ادعى المالك أنه عور عند الغاصب، والغاصب أنه عور عند المالك، استصحب الصحة وأغرم الغاصب، واذا كان أعور عند المالك والآن أعور، لكن المالك يدعي أنه صار صحيحاً عنده ثم غصبه الغاصب، وقال الغاصب: بل غصبته أعور، كان الاستصحاب في طرف الغاصب.

أما إذا لم يعلم الحالة السابقة، فهل الاعتبار بالمصب ويكون المورد من باب التحالف، أو الاعتبار بالغرامة ويكون الأصل مع الغاصب، احتمالان، لا يبعد الأول، لأن العقلاء لا يعملون بأصالة الصحة في مثل المقام، ولا دليل شرعاً لها، والغرامة ليست محل النزاع، وإن كان النزاع يؤول إليها.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كثير من الأقوال، كقول المبسوط في المحكي عنه: إذا غصب عبداً فرده وهو أعور فقال سيده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك، فالقول قول الغاصب، لأنه غارم، فإن اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن، فالقول قول سيده إنه ما أعور، والفصل بينهما أنه إذا مات ودفن فالأصل السلامة حتى يعرف عيباً، فكان القول قول السيد، وليس كذلك إذا كان حياً، لأن العور مشاهد موجود.

ورده الحلي في السرائر في المحكي عنه بقوله: فإن غصب عبداً فرده وهو أعور واختلفا، فقال سيده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك، قدم قول الغاصب، لأنه غارم.

وقال بعض أصحابنا: فإن اختلفا والعبد قد مات ودفن، فالقول قول سيده إنه ما كان أعور، والذي يقوى عندي أن القول قول الغاصب، لأنه غارم في المسألتين، والأصل براءة الذمة، وهذا الذي ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين، والذي تقتضيه أصول المذهب ما ذكرناه.

وفي الجواهر: (أما الفاضل فقد وقع له في القواعد عبارات ثلاثة:

الأولى: لو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة، ففي تقديم أحد الأصلين نظر.

والثانية: لو ادعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور قدم قول المالك، وفي جامع المقاصد إنه رجوع عن التردد إلى الجزم.

والثالثة: لو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب، والغاصب سبقه، فالقول قول المالك على إشكال) انتهى.

وأنت خبير بما في إطلاق كل هذه الكلمات من النظر، فالقاعدة ما ذكرناه.

ومنه يعلم لزوم التحالف فيمااذا اختلفا في الفرس مثلاً، فادعى أحدهماانه كان اعور، وادعى الاخر أنه كان أشل، وكان العور والشلل يوجب اختلاف القيمة، فالفرس الاعور مثلاً: قيمته مائة، والفرس الاشل مثلاً: قيمته تسعون أو مائة وعشرة، فإنه لايؤخذ بالمآل، بل بمصب الدعوى، فاللازم التحالف.

كما أن مما تقدم يظهر وجه النظر في قول الدروس، حيث قال في محكي كلامه: (ولو اختلفا في تقدم العيب حلف الغاصب عليه، لأنه غارم، قاله الشيخ وابن إدريس، ولو قيل يحلف المالك لأن الأصل السلامة وعدم التقدم كالمبيع كان وجهاً. ولو اختلفا في العيب بعد موته أو انقطاع خبره، حلف المالك عند الشيخ، والغاصب عند ابن إدريس والأول اصح) انتهى.

أما إشكال الجواهر على الدروس من تعارض أصل السلامة وعدم التقدم، فلا يخفى ما فيه، لأن الاستصحاب لا يدع مجالاً لأصل السلامة فيما كان الاستصحاب على خلافه.

وأما إذا كان الاستصحاب موافقاً له، فلا مجال له من جهة أنهما لا يجتمعان، كما ذكر نحوه الشيخ المرتضى في الرسائل في اجتماع أصل البراءة واستصحاب البراءة، حيث إن الاستصحاب لا يدع مجالاً له، إذ الأثر للمشكوك لا للشك.

ولو ادعى أحدهما أنه غصب فرسه الأعور، وقال الآخر: بل فرسه الأعمى،

أو قال أحدهما: فرسه الأعور، وقال الآخر: فرسه الصحيح، كان من التحالف أيضاً، باعتبار المصب لا المآل، لما ذكرناه من التداعي في أمثال المقام.

قال المحقق الرشتي: (لو ادعى المالك في المغصوب التالف صفة يزيد بها القيمة، فإن كانت تلك الصفة أمراً حادثاً كالصنعة والكتابة فالقول قول الغاصب مع يمينه لأصالة العدم، وإن كان أمراً خلقياً كالسواد والبياض فالظاهر التداعي) انتهى.

فإنه لم يلاحظ القيمة التي هي المآل، وإنما لاحظ المصب، ولذا جعل الأمر من باب التداعي، وكذا الحال في التداعي لو ادعى أحدهما أنه غصب منه قلماً، والآخر أنه كتاباً، وكان القيمة مختلفة، فإن اللازم التداعي.

ومما تقدم ظهر حكم ما لو قال المالك: غصبته وهو صحيح، وقال الغاصب: بل كان معيباً، سواء في الدار أو العقار أو الأثاث أو غيرها، حيث المحكم الاستصحاب، وإن لم يكن فالتحالف.

وهكذا لو اختلفا في أنه باعه المعيب أو الصحيح، فقال المالك: إن البيع وقع على المعيب، وقال المشتري: بل على الصحيح، فإن مقتضى القاعدة التحالف، ولا مجال هنا لأصالة السلامة، إذ البيع المطلق منصرف إلى السليم.

وكذا إذا قال المالك: إن البيع وقع على المعيب بما هو معيب فالتحالف، مثلاً قال أحدهما: بعتك العنب المفرط، وقال الآخر: بل العنب في عنقوده.

(**مسألة ٣**): قال في الشرائع: (إذا باع الغاصب شيئاً ثم انتقل إليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك، وأقام بينة، هل تسمع بينته، قيل: لا، لأنه مكذب لها بمباشرة البيع، وقيل: إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكية قبلت، وإلاّ ردت).

وقال في القواعد: (ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه ثم انتقل إليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك، وأقام بينة، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته، وإلاّ فلا، كأن يقول: بعتك ملكي، أو هذا ملكي، أو قبضت ثمن ملكي، أو أقبضته ملكي) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة: (وهذا هو معنى ما في المبسوط والسرائر والإرشاد والإيضاح والدروس والمسالك ومجمع البرهان، وقد استحسنه في التحرير، ولا ترجيح في الشرائع، ونحوه ما في المسالك والتحرير من أن في المسألة قولين، مع استحسان الأخير في الأخير، واختياره في الأول، ولم نجد القائل بعدم السماع مطلقاً، لا في الباب ولا في باب الهبة ولا الإقرار ولا القضاء، حتى أن في المبسوط لم يذكره لأحد من العامة، وإنما ذكره احتمالاً).

أقول: لكن ظاهر الشرائع كما قدم أن به قولاً، ووجهه ما ذكره من أنه مكذب للبينة لمباشرة البيع الظاهر في أنه ملكه، وهذا الوجه ظاهر الضعف، لوضوح عدم اقتضاء إيقاع البيع مثلاً البيعية على وجه يكون تكذيباً للبينة بحيث لا تكون حجة، لتعارف وقوع البيع على ملك الإنسان وملك غيره.

وأشكل في ذلك مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر بقوله: (وعساك تقول: إن إطلاق البيع يترل على ما يملكه، ومن ثم لو باع مالك النصف مشاعاً النصف

انصرف إلى نصيبه و لم يترل على الإشاعة، ولو كان أعم لترل عليها، فإنا نقول: قد تقدم أن احتمال الإشاعة في المثال قد ذكره جماعة، فليس بتلك المكانة من الوهن والضعف، ثم إن القرينة هنا موجودة، فإن الظاهر الغالب كون الإنسان لا يبيع ملك غيره، بل مال نفسه، فإذا أمكن حمل البيع على ملكه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينة الظاهرة والعرف المطرد، بخلاف ما إذا باع الإنسان مال غيره الذي لا يتصور ملك البائع له حالة البيع، فإنه لا نفوذ له إلاّ في ملك الغير، لعدم إمكان غيره، فكان ذلك هو المخصص لهذا الفرد) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أنه إذا باع النصف في المشاع مما له نصفه، فإنه إن لم يقل شيئاً انصرف إلى نصف نفسه انصرافاً عرفياً يتبعه الحكم الشرعي، كما أنه إذا باع الكلي، أو الكلي في المعين انصرف إلى مال نفسه لا مال غيره.

أمّا إذا قال بعد البيع: قصدت في مثل النصف المشاع نصف الغير، أو النصف المشاع الشامل لربعي وربع غيري، أو بالاختلاف كأن يكون السدس مني والسدسان من غيري، فمقتضى القاعدة أنه يقبل قوله، لأنه لا يعرف إلاّ من قبله.

ومنتهى الأمر أن للمشتري حق الحلف عليه حيث لا بينة له، وكذا في أمثال المقام، فإذا كان في صبرة حنطة منّ لزيد ومنّ لعمرو فباع زيد مناً، ثم قال: إنه قصد من عمرو أو نصفي منّه ومنّ عمرو أو بالاختلاف كربع منّه وثلاثة أرباع منّ عمرو، كان الحكم كذلك.

وهكذا إذا باع كلياً في الذمة، بأن باعه منّاً من الحنطة ثم قال: قصدت مناً كلياً في ذمة زيد، لا في ذمتي، وفي هذه الصور يقع البيع فضولياً، إن أجازه المالك فهو، وإلاّ بطل بالنسبة إلى

قدر حق المالك في المشترك.

أما بالنسبة إلى قدر حقه فهو صحيح، منتهى الأمر يكون للطرف خيار الفسخ باعتبار تبعض الصفقة.

ثم إن لنا نظراً في حكم المشهور المتقدم عن الشرائع والقواعد ومن عرفت، فإن البينة لا تدع مجالاً للتفصيل الذي ذكروه، فإذا قال: بعتك ملكي هذا، ثم أقام بينة على أنه لم يكن وقت البيع ملكاً له قدمت البينة، والتعليل الذي ذكروه بأنه إذا ضم إلى البيع ما يدل على كونه مالكاً، فإنه مكذب للبينة غير كاف.

إذ قوله: المكذب للبينة يوجب عدم سماع قوله، لا عدم سماع البينة، فإن البينة محكمة على الإقرار، سابقة كانت على الإقرار أو لاحقة، مثلاً إذا قال: هذه الدار لزيد وهو ساكن فيها، ثم قامت البينة أن الدار لم تكن له حتى ينفذ إقراره فيها، وإنما الدار لعمرو، بطل الإقرار، كما ذكرناه في كتاب الإقرار وغيره.

ثم لا يخفى أنهم اختلفوا في أنه إذا باع الإنسان ما لا يملك، ثم انتقل إليه بسبب صحيح كاشتراء أو إرث أو هبة أو نحوها، هل أن بيعه السابق على ملكه يحتاج إلى إجازة، أو أن نفس ملكيته له بعد البيع يكون بحكم الإجازة، حيث يصح البيع السابق.

وهذا الفرع الذي ذكره الشرائع والقواعد وغيرهما مبني على ما لو لم نقل بأن ملك الفضولي لما باعه إجازة، وإلاّ فإن كان الملك إجازة فلا كلام في أنه حتى في صورة إقامة البينة لا تنفع، إذ لا يترتب على البينة ثمر.

ثم لو باع شيئاً وبعد تمام البيع قال: أنا غاصب وأن الملك ليس لي،

فإنه لا يسمع دعواه إلاّ بإقامة البينة، أو بتوجيه الحلف إليه بعد عدم حلف المشتري، لأنه يريد بذلك إبطال البيع والأصل الصحة، فهو مدع، ولا ينفع في المقام أن يقول المغصوب منه صورة: إنه مغصوب، فإنه لا يزيد على كونه مدعيا، واحتمال مواطاتهما على ذلك.

نعم لو بعد بيع زيد أقام عمرو البينة على أنه غصب منه كان المحكم البينة، فلا فرق في إقامة البينة بين نفس البائع أو غيره.

أما إذا ادعى المغصوب منه ولا بينة له، فإن الحاكم يوجه الحلف إلى المشتري، ويكفي في الحلف حلفه على عدم العلم، كما هو مقتضى القاعدة المذكورة في كتاب القضاء.

ثم إن القواعد قال: (ولو أقر بائع العبد بالغصبية من آخر، وكذبه المشتري، أغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك).

وفي الجواهر: (لم يظهر لنا وجه له معتد به)، وذلك لأن اللازم أن يغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع وإلاّ فقيمته، وعليه فلو فرض زيادة ما قبض من الثمن على القيمة وجب عليه أن يوصلها إلى المشتري بأي وجه كان، ولو كان الغاصب باعه بأقل من قيمته كان عليه أن يدفع إلى المغصوب منه كمال القيمة إن لم يكن أجاز البيع، وإلاّ فالمسمى، لوضوح أنه بإقراره أثبت على نفسه العين، فإذا لم يتمكن من إعطائه العين وجب عليه إعطاء البدل مثلاً أو قيمةً، ولا شأن للمسمى في المقام.

أما بالنسبة إلى المغصوب منه، فإن علم أنه غصبه منه أو جهل ذلك كفاه إقرار الغاصب، وإن علم أنه ليس بغصب منه، فمن الواضح أنه لا شأن له وإن أقر، فإن الإقرار لا يوجب أن يدخل في ملك الإنسان ما ليس بملكه.

وأما بالنسبة إلى البائع، فإن علم بأنه غاصب فكما ذكر، وإلاّ بأن علم أنه كان وكيلاً في البيع أو ولياً ونحوه، فليس عليه إلاّ أن يرد إلى المالك المسمى، سواء كان أزيد عن القيمة أو أقل أو مساوياً إذا كان بيعه بميزان.

وفي الجواهر: (ليس للمشتري مطالبته بما دفع إليه من الثمن بعد عدم تصديقه في إقراره، كما أنه ليس للبائع مطالبة المشتري مع عدم الإجازة إلاّ بأقل الأمرين من القيمة والثمن، لأن الأولى إن كانت أقل فليس له غيرها بمقتضى إقراره، وإن كان الثمن أقل فليس له سواه في ظاهر الشرع، سواء أجاز المقر له أم لا، بعد عدم تصديق المشتري) انتهى.

ولو عاد إلى الغاصب ما باعه إلى المشتري بفسخ ونحوه، فالواجب عليه رده على مالكه باسترجاع ما دفعه إليه، كما في القواعد وغيره، وأيده الجواهر أيضاً، لكن قد تقدم في مسائل بدل الحيلولة أنه ليس ذلك على الإطلاق، بل قد يصبح المدفوع ملكاً للمغصوب منه والمغصوب ملكاً للغاصب.

قال في الجواهر: (ولو أقر المشتري خاصة، لزمه رد العبد إلى المقر له ويدفع الثمن إلى بائعه).

أقول: فيه إنه لا وجه لأحد الأمرين، فإن علم بأن العبد ليس للمقر له فليس عليه أن يرد العبد إلى المقر له، وإن علم بأن العبد للمقر له فليس عليه أن يدفع الثمن إلى بائعه، إذ من الواضح أنه ليس عليه كلاهما معاً، بل قد ذكرنا في كتاب الإقرار أنه لو أقر لنفرين بشيء لا يجب عليه أن يعطي أحدهما العين والآخر الثمن، على ما هو المشهور بينهم، لأن الإقرار كغيره من الأصول والأمارات لا تصادم العلم.

ولو باع الغاصب مال المغصوب منه لورثته ثم مات المغصوب منه كان البيع باطلاً، ويجب عليه رد الثمن إلى الوارث، لأنه بموت المغصوب منه انتقل المغصوب إلى ورثته فلا معنى للبيع.

ثم إن الأحكام المذكورة ليست خاصة بالغصب بما هو غصب، بل يشمل المعاملات على ملك الغير ولو بزعم أنه له، كما إذا كان الوارث زعم أن مورثه قد مات وورثه التركة فتصرف فيه بمثل التصرفات السابقة فظهر عدم موته.

(**مسألة ٤**): قال في الشرائع: (إذا مات العبد، فقال الغاصب: رددته قبل موته، وقال المالك: بعد موته، فالقول قول المالك مع يمينه. وقال في الخلاف: لو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزاً).

وقال في المسالك: (إذا ادعى الغاصب رد العبد قبل موته وعكس المالك فقد تعارض هنا الأصلان، لأن كل واحد من الموت والرد حادث، والأصل عدم تقدمه، لكن ذلك يقتضي ترجيح جانب المالك، لأن التعارض المذكور يكون في قوة اقترانهما، وذلك غير كاف في براءة ذمة الغاصب منه، لأن براءته متوقفة على تسليمه حياً سليماً وهو منتف هنا، فتقديم المالك ليس من جهة ترجيح أصله، بل من الجهة التي أشرنا إليه، ويزيد أيضاً أن معه أصالة بقاء الزمان واستحقاق المطالبة) انتهى.

وتبعه الجواهر في بعض الاستدلالات المذكورة بتصرف.

أقول: لا فرق في الحكم بين العبد والفرس والشاة مذبوحةً وغيرها، مثلاً يدعي المالك أنه رد الشاة إليه بعد ذبحه لها مما يسبب نقصان القيمة، ويقول الغاصب: إنه ردها حية وإنما ذبحها المالك بنفسه، أو ذبحها إنسان آخر مما ليس عليه التفاوت، ومقتضى القاعدة هو قول المالك، لأن مقتضى «على اليد» أنه يلزم عليه الرد، فإذا لم يعلم الرد كما أخذه يجب عليه إثباته بالبينة، فإن لم تكن بينة كان على طرفه الحلف، نعم إذا لم يحلف وردّ الحلف على الغاصب حلف وتخلص.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكي عن الخلاف من قوله: (لو عملنا في هذه المسألة بالقرعة كان جائزاً، وإن كان ربما يستدل له بأن «القرعة لكل أمر

مشكل»[1]، لكن قد ذكر الشيخ المرتضى (رحمه الله) وغيره أنه لا مجال للقرعة في مورد الأصول والأمارات.

نعم قال في الجواهر: إنه لم يتحقق عنده أن الخلاف قال ذلك، لأن عبارته المحكية عنه في المختلف في تعارض البينتين هي هذه: إذا غصب عبداً ومات واختلفا، فقال الغاصب: رددته حياً ومات في يد المالك، وقال المالك: رددته ميتاً، وأقام كل منهما بينة بما ادعاه سقطتا وعدنا إلى الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده، ولأن كلاً منهما مدع موت العبد عند صاحبه، وحيث تكافأتا ولا ترجيح سقطتا وبقي الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده، وإن عملنا في هذه المسألة على القرعة كان جائزاً.

قال: ولعله لذا حكاه في الدروس عنه ذلك، قال: (ولو اختلفا في رده أو في موته قبل الرد أو بعده أو في رد بدله مثلاً أو قيمةً، حلف المالك. ولو أقاما بينتين تساقطتا ويحلف المالك، وفي الخلاف يجوز العمل بالقرعة لتكافؤ الدعويين، وهو حسن بل واجب، وقال ابن إدريس: البينة للغاصب لأنها تشهد بما يخفى)، انتهى كلام الدروس.

أقول: لا مجال للبينتين، كما أنه لا مجال للقرعة بما عرفت، أما ما عن المختلف من جعله الفرض من المتضادين الذي هو محل القرعة، أو التساقط والرجوع إلى الأصل بعد إقامتهما البينتين، لأن الموت أمر وجودي طارئ

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص١٩١ الباب ١٣ من كيفية الحكم ح١٨.

على الحياة، فهو حينئذ ضدها، ولا يمكن الجمع بينهما، فحصل الاشتباه الموجب للقرعة أو التساقط والرجوع إلى الأصل، ففيه ما لا يخفى.

إذ قد عرفت أن الغاصب يجب عليه رد المغصوب، فحيث يدعي الرد وينكره المغصوب منه فعليه أن يقيم البينة، فالبينة عليه لا على طرفه، كما أنه لا مجال للقرعة.

ولذا رده الجواهر (بأن ذلك لا يخرج المسألة عن مسألة بينة الداخل والخارج، فلابد حينئذ من بناء ترجيح إحدى البينتين على ذلك، نعم يرجع إلى القرعة في البينتين المتضادتين، ولم تكن إحداهما بينة داخل وخارج كما في دعوى رجل زوجية امرأة ودعوى آخر كذلك) انتهى.

لكن فيه: إن القرعة ليست مطلقة في البينتين المتساقطتين، لأنا في الأمور المالية يلزم الأخذ بقاعدة العدل.

نعم القرعة تامة في مثاله الذي مثله بالاختلاف في زوجية امرأة بين رجلين، وكذلك عكسه في اختلاف الأختين أو الأم والبنت في زوجية رجل، إلى غير ذلك من الأمثلة التي لا مجرى لقاعدة العدل فيها.

ومما تقدم ظهر أنه لا ينبغي الإشكال والخلاف في أنهما لو اختلفا في أنه هل رد عليه المغصوب أو قيمته أو مثله أم لا، فإن القول قول المالك، لأن الأصل عدم ذلك كله، فالمالك منكر ليس عليه إلاّ الحلف، فإذا ادعى المدعي الرد وأنكر المالك، فإن أقام بينة فهو، وإلاّ كان عليه الحلف، وإذا لم يحلف رده على الغاصب، فإن حلف برئ، وإن حلف ولم يؤد الغاصب سجن إلى أن يحقق حول الأمر فلا تخليد في

السجن، وكذلك الحال فيما لو ادعى الغاصب رد كله، وأنكر المالك وادعى رد البعض فقط.

ولو ادعى الغاصب رده على وكيل المالك، فإن أقر الوكيل وثبتت الوكالة فهو، وإلاّ كان مدعياً.

ولو أراد الغاصب الرد فأنكر المالك أن يكون المردود عين ماله، فعلى الغاصب الإثبات بأنها عين ماله، إذ الأصل عدم ذلك.

أما إذا ردها وبعد ذلك ادعى المالك أن المردود لم يكن ماله، وإنما أغفله الغاصب في رد مثله إليه مثلاً، فالظاهر أنه من التحالف، لأن كل واحد منهما يدعي غير ادعاء الآخر.

وكما أن الأصل عدم رد العين كذلك الأصل عدم رد الغير.

ولو قال المغصوب منه: إن العين كانت شاة، وقال الغاصب: بل كانت سخلة، ثبت الإقرار على الغاصب، واحتاج المالك إلى البينة في إثبات دعواه، فإذا أثبت سقط الإقرار، إذ الإقرار لم يكن مطلقاً، وإنما منصباً إلى المكان الذي نفاه البينة وأثبت غيره.

(مسألة ٥): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا اختلفا في تلف المغصوب، فالقول قول الغاصب مع يمينه، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، بل عن ظاهر غاية المراد بل والتذكرة الإجماع عليه، وليس مع أنه مخالف للأصل إلاّ لأنه لو لم يقبل لزم تخليده الحبس لو فرض صدقه، إذ قد يصدق ولا بينة له)، ثم قال: (لكن ذلك كله كما ترى لا يوافق قواعد الإمامية، ضرورة كونه مجرد اعتبار، فإن ثبت إجماع فذاك وإلاّ كان المتجه الحبس إلى أن يظهر للحاكم على نحو البينة) انتهى.

وما ذكره الجواهر هو مقتضى القاعدة، لظهور أنه لا إجماع بعد تعليلهم بما تقدم من لزوم تخليده الحبس، مع أن التخليد غير ظاهر الوجه، لما عرفت في المسألة السابقة أن الحاكم يحقق حتى يطمئن حسب الموازين.

بل يمكن عدم الحبس أيضاً بأخذ كفيل أو رهن أو ما أشبه، مما يكون فيه جمع بين الحقين.

كما أن التخليد في السجن الذي تكرر في كلماتهم في أمثال المقام، لم أجد له دليلاً معتداً به، فإن التخليد الوارد في بعض الروايات في غير أمثال هذه المقامات، ودليل التخليد في أمثال هذه المقامات مثل مطل الغني يوجب حبسه ونحو ذلك، لا يدل على التخليد بتقريب أن العلة ما دامت موجودة يكون المعلول موجوداً، إذ لا دليل على أن للحاكم مثل ذلك في باب العقوبات، وإنما اللازم حل المنازعات بصورة ما، ومعنى التخليد إبقاء المنازعة.

ومما تقدم يظهر وجوه النظر فيما ذكره المسالك حيث قال: (ولا يرد مثله فيما لو أقام المالك البينة ببقاء العين، فإنه حينئذ يكلف بردها ويحبس مع إمكان صدقه، إذ البينة ببقائها لا تقتضي المطابقة في نفس الأمر، لأنه يمكن الفرق هنا بأن بقاءها ثابت شرعاً، وظاهر الحال يقتضي صدق البينة فيه، فيجوز

البناء على هذا الظاهر، وإهانته بالضرب والحبس إلى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عناداً، فإذا تعذر الوصول إلى العين انتقل إلى بدلها كما هنا بخلاف البناء على الأصل، فإنه حجة ضعيفة مختلف فيها بين الفقهاء والأصوليين، فلا يناسبها التضييق بالعقوبة ونحوها) انتهى.

والظاهر أن مراده بالضرب، الضرب تعزيراً، إذ لا ضرب في غير التعزير، كما أنه إن قامت البينة أو الإقرار مثلاً أو ما أشبه على بقاء العين عند الغاصب و لم يستعد لردها، ولا يفيد الحبس والضرب في الرد ولا يتمكن الحاكم من الاسترداد، كان للحاكم أن يقتص من مال الغاصب ويعطيه للمالك إذا رضي المالك بذلك، وحينئذ له التقاص من الأقرب فالأقرب من أمواله، للجمع بين دليل التقاص وبين دليل سلطنة الغاصب على أمواله، فلا يرجع إلى الأبعد مع إمكان الأقرب.

مثلاً إذا أخذ الغاصب الدنانير من المغصوب منه، كان للحاكم أخذ الدنانير من مال الغاصب لا أخذ داره لإعطائها للمالك، نعم إذا تساوى الكل في البعد عن المثل، كان للحاكم اختيار أيها شاء.

بل ينبغي أن يستثنى من ذلك أيضاً ما لو منع عن بعضها الغاصب بصورة خاصة، مثلاً له داران متساويتان والغاصب لايريد التقاص من داره اليمنى، وإنما يريد التقاص من داره اليسرى، فإن الظاهر أنه ليس للحاكم التقاص من داره اليسرى، بدليل السلطنة بعد إمكان التقاص من غير تلك الدار، هذا فيما إذا رضي المالك بالتقاص.

وأما إذا قال: سوف أصبر حتى أحصل على عيني، فإذا لم يكن في صبره مفسدة لم يكن للحاكم التقاص، أما إذا رأى الحاكم أن في صبره مفسدة كمفسدة بقاء التنازع والتشاجر وما أشبه فله التقاص، لأنه مأمور بفصل المنازعات وإن أراد أصحابها بقاء النزاع، فإن التنازع والتشاجر بالإضافة إلى حرمته في الجملة، خلاف استتباب الأمن الذي وضع الحاكم لأجله، وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن الحاكم الشرعي كالحاكم العرفي، فما يراد منه في العرف يراد منه في الشرع، فإذا قال الشارع: نصبته عليكم حاكماً، يكون وظائفه وتكاليفه كوظائف وتكاليف الحاكم العرفي إلاّ ما خرج بالدليل، وإنهاء المشاجرات والمنازعات من تكاليف الحاكم العرفي كما لا يخفى.

ثم إنه لو أقام الغاصب البينة على التلف وأصر المالك على البقاء، فللغاصب أن يرد مثله وقيمته إليه، وليس للمالك الامتناع عن الأخذ، فإذا امتنع أعطى الغاصب الحاكم المثل أو القيمة، لأنه خلاف سلطنة الغاصب أن يبقى مال غيره عنده إجباراً عليه، فإذا ظهر بعد ذلك صدق المالك ببقاء عينه واشتباه البينة ترادا المالين.

ولو تلفت العين بعد إعطاء المثل أو القيمة وقد ارتفعت، فعلى الغاصب إعطاء التفاوت، لأن العين ما دامت باقية فهي ملك للمالك، والبدل إنما يكون بدلاً ظاهرياً فقط، كما أن الحكم كذلك لو اشتبه الغاصب في بقاء العين أو تلفه فزعم تلفها وأعطى البدل، كما ذكرناه في الحيلولة.

ثم الظاهر أن للمالك أخذ البدل ولو مع علمه ببقاء العين بعد ما قامت البينة أو أقر بتلف العين، إذ ما دام لا يصل إلى عينه فله بدله ولو من باب بدل الحيلولة.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في حلف الغاصب، كما يظهر وجه الصحة في أخذ المالك البدل فيما ذكره الجواهر ممزوجاً مع الشرائع قال: (وكيف كان، فإذا حلف أي الغاصب من أول الأمر أو بعد اليأس من دفع العين طالبه المالك بالقيمة، لتعذر العين ولو للحيلولة التي قد عرفت اقتضاءها ذلك، فما عن بعض العامة من أنه ليس للمالك المطالبة بالقيمة، لأنه يزعم بقاء العين فلا يستحق بدلها واضح الضعف) انتهى.

لا يقال: فيما لو أقر المالك بأن العين تالفة وهو يعلم بقاءها لا حق له في أخذ البدل، لأنه بإقراره سبب بقاء العين عند الغاصب، فهو الذي أدخل الضرر على نفسه بسبب إقراره.

لأنه يقال: إن الإقرار لا يوجب خروج العين عن ملكه، وحيث إنه بعد الإقرار يطالب العين والغاصب مانع عن إعطائها له، فله أخذ بدلها، ولو لم يعط بدلها فله التقاص حسب الموازين الأولية.

وعليه فلا فرق بين قيام البينة بتلف العين أو الحلف أو إقرار المالك.

(مسألة ٦): إذا غصب داراً ثم اختلف هو والمالك في أن ما في الدار هل للمالك أو للغاصب، أو غصب فرساً أو دابة أو ما أشبه فاختلفا في ما على الفرس والدابة من الجل والسرج ونحوهما، فمقتضى القاعدة أن القول قول الغاصب لأنه ذو اليد على المال.

ولذا قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم أو نحوهما، فقال المالك: هو لي، وقال الغاصب: هو لي، فالقول قول الغاصب مع يمينه، بلا خلاف أجده فيه، لأن يده حالة الغصب على الجميع فيقدم قوله، ولا يعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطرو يد الغصب التي حكم بسببها بضمانه للعين والمنفعة)[1].

وقد أخذ الدليل من المسالك، حيث استدل لتقدم يد الغاصب بقوله: (ويدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لعينه ومنفعته، وذلك فرع إثبات اليد) انتهى.

نعم ذلك إذا لم تكن هناك قرائن تدل على كذب الغاصب، كما إذا غصب الدار صباحاً، ولما أراد المالك استرجاعها بعد ساعة كانت مؤثثة أثاثاً كاملاً، مما لا يمكن التأثيث في هذه المدة القصيرة.

وإذا ادعى الأثاث أو الجل والسرج المالك ولا بينة فله إحلاف الغاصب حسب موازين الدعوى.

ثم إنه إن دخل الغاصب الدار عنوة، وجلس فيها مع المالك، أو كانا راكبين على الفرس والدابة، وبعد إخراجه ادعى أن الجل والسرج والأثاث له، وادعى المالك أنها له، فالظاهر أنه من التنازع، لأن يد الغاصب وإن كانت يد ضمان إلاّ أن الضمان للعين لا يؤثر في سلب أحكام اليد عنه، لإطلاق

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٣٦.

دليل اليد[1]، كما أن المالك إذا استرجع الدار من الغاصب في المسألة الأولى ثم ادعى الغاصب أن الأثاث له، فالأصل مع المالك لأنه ذو يد حالاً.

ولو غصب دابة وبعد استرجاع المالك حيث كان للدابة ولد، ادعى الغاصب أن الولد له، وقال المالك: إنه له، حيث ادعى أن الغاصب غصبها مع ولدها، فالقول قول الغاصب، لأنه ذو يد، ولا تلازم بين كون الدابة للمالك والولد له، لإمكان أن ألحق الغاصب الولد بدابة غير أمه، فكونه ذا اليد يقتضي ملكية ما في يده إلاّ أن يقيم المالك البينة.

وكذا إذا كان عند الغاصب زوج حذاء، وادعى المالك أن كليهما له، بينما قال الغاصب: إن أحدهما له، فإن يد الغاصب يقتضي كون الفردة الأخرى للغاصب، إلاّ أن يقيم المالك البينة أو ينكل الغاصب عن الحلف مع حلف المالك، على الاختلاف في أن النكول هل هو كاف أو يحتاج إلى حلف المدعي.

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح١٢.

(مسألة ٧): لو قال المالك للغاصب: أنت فتحت الباب فسرق متاعي، أو منعت الأم من إرضاع ولدها فمات الولد، وأنكر الغاصب، فعلى المالك البينة، لأنه مدع بفتح الباب ومنع الأم، وكذلك أمثال هذه المقامات مما تقدمت في المسائل السابقة.

ولو قال المريض: إن الطبيب هو الذي أعطاه الدواء الذي سبب له العمى أو الشلل أو ما أشبه، وأنكر الطبيب، فاللازم على المريض إقامة البينة، وإذا اعترف الطبيب بأن الدواء صار سبباً، لكنه ادعى أخذ البراءة من المريض فعلى الطبيب البينة.

وكذا إذا ادعى الوارث أن موت مورثه بسبب دواء الطبيب، وأنكر الطبيب، فعلى الوارث البينة، إلاّ أن يدعي الطبيب أنه أخذ البراءة مع اعترافه بأن الموت مستند إلى دوائه، فإن على الطبيب إقامة البينة على أخذه البراءة.

وكذا إذا أجرى له عملية جراحية فمات، فادعى الوارث أنه مات بسبب العملية وأنكر الطبيب، فإن على الوارث البينة، أما إذا اعترف الطبيب بأن العملية صارت سبباً للموت وادعى أخذه البراءة، فعلى الطبيب إقامة البينة.

والظاهر كفاية أخذ البراءة من ولي الطفل والمجنون، فلو حصل عطب أو تلف عليهما لم يكن الطبيب الآخذ للبراءة ضامناً.

ولو أعطاه البراءة من ليس بولي شرعي وكان مغروراً، كان الضمان على الطبيب إلاّ أن له الحق في الرجوع إلى الغار، بدليل «المغرور يرجع إلى من غر»[1]، والمراد بكون الضمان على الطبيب الأعم من كونه عليه بشخصه، أوعلى عاقلته حسب موازين القتل

(١) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب من النكاح ح٦.

والجرح ونحوهما.

ولو ادعى المالك أن الغاصب لاط بالدابة مما سبب تحريمها وأنكر، كان القول قول الغاصب إلاّ أن يقيم المالك البينة، ولا يكون ذبح المالك للشاة مثلاً وإحراقها دليلاً على صدق كلامه.

نعم لو علم المالك بينه وبين الله بذلك وجب عليه إجراء الأحكام على الشاة، كما أنه بإقراره أسقط قيمة الشاة وألزم بإجراء الأحكام من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولو قال شخص للمالك: إنه لاط بها، لم يثبت على المالك لعدم حجية قوله.

نعم إذا كان الشخص ذا يد على الحيوان ثبت قوله باعتبار أنه إقرار فيما هو ذو يد فيه، وقد تقدم أن دليل اليد أعم من المالك والغاصب والمستأجر وغيرهم.

ولو أعطى مال المالك لنفسه غاراً له بأنه مال الغاصب فأضاف المالك على ماله، مثلاً ذبح الشاة وأطعمها الناس، ثم بعد التبين اختلفا في أنه هل أعطاه مطلقاً حتى يكون غاراً ويكون للمالك الرجوع عليه، أو أعطاه مقيداً بأنه يأكله بنفسه، فلا حق له في إضافة الناس، فإضافته للناس ليست من جهة الغرور، لم يستبعد أن يكون الحق مع الغاصب للشك في الغرور بهذا النوع الذي يوجب ضمان الغاصب، فالأصل براءة ذمته.

ولو قال الغاصب: إن الأرض لم تكن صالحة للزراعة فليس علي الأجرة، وقال المالك: كانت صالحة للزراعة، كان على المالك الإثبات إلاّ أن يكون

استصحاب القابلية، حيث يكون على الغاصب الإثبات، وقد تقدم مثل هذه المسألة.

ولو قال الغاصب: إن الجائر كان مانعاً عن زراعة الأرض مطلقاً، حيث لم تكن لها منفعة، سواء كانت بيدي أو بيد المالك، احتاج إلى الإثبات، لأنه معترف بقابليتها الذاتية وإنما يبدي مانعاً والأصل عدمه.

ولو استولى على متعة إنسان حتى فات الوقت، فالظاهر أن على الغاصب إعطاء المهر بدليل «لا ضرر»[1]، وقوله (عليه السلام): «فوتها»[2]، فإنه هو الذي فوت المنفعة على الزوج في الاستفادة منها، وهذا غير قول القواعد: (ومنفعة البضع لا تضمن بالفوات وتضمن بالتفويت).

وقال في مفتاح الكرامة: (أما ضمانها بالتفويت فمما لا كلام فيه فيما أجد، في الأمة مطلقاً إلاّ إذا كانت عالمة، وفي الحرة حيث يكون للبضع أجرة، كما إذا وطأ بعقد أو شبهة لا فيما إذا زنى بها.

وأما عدم الضمان بالفوات، فقد صرح به هنا، كما في التذكرة وجامع المقاصد، بل ظاهر التذكرة أنه لا مخالف فيه حتى من العامة، وهو خيرة شهادات الخلاف واختاره المحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والإرشاد وغيرهما، وفي المسالك وكشف اللثام أنه المشهور ذكروا ذلك في باب الشهادات) إلى آخر كلامه.

وذلك لأنه فرق بين تفويت منفعة المتعة، حيث إنها في مقابل المهر، وقد

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ و٣٤٢ الباب ١٢ من إحياء الموات ح٣ و٥.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح١.

ورد في الآية الكريمة: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن﴾[1]، وفي الحديث: «هن مستأجرات»[2]، وبين منفعة البضع في العقد الدائم، حيث إن البضع لا يعد في قبال المهر، ولا يقال عرفاً إنه فوت المنفعة على المغصوب منه حتى يشمله «فوتها»[3] ودليل «لا ضرر» وما أشبه.

وعن الخلاف إنه احتج على عدم الضمان (بأنه لو كان يضمن لحجر على المريض بالطلاق إلاّ أن يخرج البضع من ثلثه، ولا يضمن له لو قتلها قاتل أو قتلت نفسها)[4].

كما استدل له السيد العاملي (رحمه الله) (بأن منفعة البضع تستحق استحقاق إرفاق للحاجة والضرورة ولا كذلك سائر المنافع، فإن استحقاقها استحقاق ملك تام، ألا ترى أن من ملك منفعة الاستيجار ملك نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجره وبغير العوض بأن يعيره، والزوج المستحق لمنفعة البضع لا يملك نقلها لا بعوض ولا بغيره)[5] انتهى.

لكن في هذه الاستدلالات أنها تابعة لما ذكرناه، وإلاّ كان كل دليل من هذه الأدلة بحاجة إلى دليل.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما نقله مفتاح الكرامة من احتمال الضمان قال: (والتردد ظاهر الشهيد في شهادات اللمعة، والمصنف في رضاع الكتاب حكم بالضمان، وفاقاً للمبسوط وجماعة كما في المسالك، لأن البضع مضمون كالأموال، لأنه يقابل بالمال في النكاح والخلع، ولا يحتسب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون،

(١) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص٤٤٦ الباب ٤ من أبواب المتعة ح٢.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح١.

(٤) الخلاف: ج٦ ص٣٢٣ في رجوع الشهود.

(٥) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص١٦١ ط الحديثة.

وكذا المريضة المختلعة بمهر المثل، ويضمن للمسلمة المهاجرة مع كفر زوجها) انتهى.

وفي الكل ما لا يخفى، فإنها ثبتت بالأدلة الخاصة، وليس من باب المقابلة بالمثل، كما يستفاد من الشرع، فإن الركنين في النكاح هما الزوجان، كما أن الركنين في البيع هما المالان، أمّا المهر فكأنّه طعمة واسترضاء وما أشبه، وإن ثبت بالدليل في هذه الموارد وفيما إذا دلس إنسان امرأة، حيث إن الزوج يرجع بالمهر على المدلس، ولذا لو ماتت الزوجة بدون دخول، أو مات بعد دخول مرة مما ليست قيمة الدخول بقدر المهر كان على الزوج إعطاء المهر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والحاصل: فرق عرفاً عند المتشرعة بين المتعة وبين الدائم، ولذا بقدر تأخير المتعة وتفويتها الوقت ينقص من مهرها، وليس كذلك في الدائم.

ولو ادعى المالك أن الأرض نقصت لترك الزرع، وأنكر الغاصب، فالبينة على المالك.

ولو قال المالك: كانت سمينة فهزلت، أو كانت هزيلة فسمنت سمناً مضراً، فالقول قول الغاصب في إنكاره.

وهذا آخر ما أردنا إيراده في هذا الكتاب، والله الموفق للصواب.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

تم في الخامس والعشرين من شهر محرم الحرام، سنة ألف وأربعمائة وأربعة في قم المشرفة، بيد مؤلفه محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي.

المحتويات